

UNIVERSITÉ DU QUÉBEC À MONTRÉAL

Les lois canadiennes sur l'extradition et l'entraide judiciaire en matière
pénale: à la recherche de l'équilibre entre les droits de l'individu et la
coopération internationale

MÉMOIRE
PRÉSENTÉ COMME EXIGENCE DE LA
MAÎTRISE EN DROIT INTERNATIONAL
PAR
CAROLYNE PAQUIN

JUIN 2011

UNIVERSITÉ DU QUÉBEC À MONTRÉAL
Service des bibliothèques

Avertissement

La diffusion de ce mémoire se fait dans le respect des droits de son auteur, qui a signé le formulaire *Autorisation de reproduire et de diffuser un travail de recherche de cycles supérieurs* (SDU-522 – Rév.01-2006). Cette autorisation stipule que «conformément à l'article 11 du Règlement no 8 des études de cycles supérieurs, [l'auteur] concède à l'Université du Québec à Montréal une licence non exclusive d'utilisation et de publication de la totalité ou d'une partie importante de [son] travail de recherche pour des fins pédagogiques et non commerciales. Plus précisément, [l'auteur] autorise l'Université du Québec à Montréal à reproduire, diffuser, prêter, distribuer ou vendre des copies de [son] travail de recherche à des fins non commerciales sur quelque support que ce soit, y compris l'Internet. Cette licence et cette autorisation n'entraînent pas une renonciation de [la] part [de l'auteur] à [ses] droits moraux ni à [ses] droits de propriété intellectuelle. Sauf entente contraire, [l'auteur] conserve la liberté de diffuser et de commercialiser ou non ce travail dont [il] possède un exemplaire.»

TABLE DES MATIÈRES

Remerciements

Résumé

Liste des abréviations

Introduction	1
1. La coopération internationale sous la perspective canadienne.....	7
1.1 L'extradition et l'entraide juridique en matière criminelle: le cadre juridique canadien de la coopération internationale.....	8
<i>1.1.1 Historique de la coopération internationale.....</i>	<i>9</i>
<i>1.1.2 Définition et interprétation des processus juridiques canadiens de coopération internationale.....</i>	<i>12</i>
<i>1.1.3 Les normes régissant la coopération internationale.....</i>	<i>13</i>
<i>1.1.4 Les principes et motifs d'exclusion en matière de coopération internationale</i>	<i>222</i>
1.1.5 Preuve et procédure devant les tribunaux canadiens.....	27
<i>1.1.5.1 En matière d'extradition.....</i>	<i>28</i>
<i>1.1.5.2 En matière d'entraide juridique en matière criminelle</i>	<i>31</i>
1.2 La pratique du Canada en matière de coopération internationale.....	47
<i>1.2.1 Organismes de coopération</i>	<i>48</i>
<i>1.2.2 Modes de coopération internationale: judiciaire, policière</i>	<i>51</i>
<i>1.2.3 Les tribunaux pénaux internationaux.....</i>	<i>54</i>
1.3 La compétence extraterritoriale du Canada en matière de coopération internationale.....	57

1.3.1 <i>Le droit international comme fondement de la coopération internationale</i>	57
1.3.2 <i>L'extraterritorialité en droit canadien</i>	61
2. Les droits de l'individu, sous la perspective canadienne, lors de la coopération internationale.....	66
2.1 Le respect des droits fondamentaux de la personne: obligations du Canada lors de la coopération internationale	67
2.1.1 <i>L'adoption par le Canada des normes internationales</i>	71
2.1.2 <i>Les assurances diplomatiques et application jurisprudentielle</i>	75
2.2 L'extraterritorialité de la Charte canadienne des droits et libertés	80
2.2.1 <i>Évolution des principes de justice fondamentale</i>	81
2.2.2 <i>La Cour suprême du Canada et l'atteinte de l'équilibre recherché</i>	82
2.2.3 <i>Nouvelle interprétation jurisprudentielle</i>	102
Conclusion	110
BIBLIOGRAPHIE	114

REMERCIEMENTS

Je voudrais remercier Me Jean-Claude Hébert pour avoir accepté d'agir, à titre initial, de directeur de recherches. Me Pierre Robert a su par la suite relever le défi d'encadrer une étudiante, passablement avancée dans ses travaux de recherches et ayant des idées très précises sur un sujet. Je vous remercie d'avoir accepté la supervision de ce mémoire et d'avoir, par vos idées, suggestions, conseils, aidé à sa finalisation.

Je voudrais également remercier l'honorable Patrick Healy, juge à la Cour du Québec, de sa grande disponibilité. Il a su, par ses connaissances sur le sujet, me donner son point de vue, et amené à plusieurs occasions des réflexions intéressantes.

Je ne pourrais passer sous silence mes collègues au *Directeur des Poursuites Criminelles et Pénales* qui ont eu la gentillesse de me relire et le professionnalisme d'ajouter des commentaires pertinents à ce travail.

Mes derniers remerciements vont à mes amis, trop nombreux pour les citer individuellement, qui ont su par leurs encouragements me motiver.

Finalement, aux membres de ma famille qui ont toujours été présents, tout au long de ce projet. Ils ont fait preuve de beaucoup de compréhension et d'une patience exemplaire à mon endroit. Ils m'ont appuyée sans cesse et je les remercie.

RÉSUMÉ

Le Canada a été à l'avant-scène du mouvement des droits de la personne sur la scène internationale et nationale. La *Charte canadienne des droits et libertés* a eu une importante incidence sur la promotion et la protection des droits de la personne au Canada. En fait, elle assure à ses citoyens la protection de plusieurs droits fondamentaux et garanties judiciaires. Par ailleurs, le Canada a également le devoir envers les citoyens canadiens de s'assurer à ce que les crimes ayant un lien avec le Canada fassent l'objets d'enquêtes et ne demeurent pas impunis outre mesure. Dans cet objectif de répression du crime, il se doit de coopérer avec les autres États. Ce faisant, comment arriver à un juste équilibre dans cette interaction entre l'État et les particuliers tout en respectant les droits de la personne et certaines de nos obligations internationales?

Notre mémoire examinera donc la pratique du Canada et l'application de la *Charte* en matière de coopération internationale et plus spécifiquement en matière d'entraide judiciaire et d'extradition afin de mettre en lumière l'équilibre fragile entre la protection des droits humains fondamentaux et nos obligations internationales en matière de suppression de la criminalité.

Notre mémoire se base avant tout sur une analyse et une critique des jugements émis par la cour portant sur les mécanismes juridiques mis à la disposition des États, lors de demandes d'extradition ou d'entraide juridique, et ainsi de l'application, ou non, de la *Charte* hors le territoire canadien. La Cour suprême a tenté d'assurer la cohérence, d'une part entre la protection des droits auxquels sont en mesure de s'attendre les Canadiens et d'autre part des obligations internationales du Canada. Cependant, ce consensus s'avère problématique et l'application de la *Charte* à certaines situations présente des difficultés pratiques et théoriques.

Mots clés: Charte canadienne des droits et libertés – Entraide judiciaire – Extradition – Coopération internationale – Extraterritorialité – Canada – Droits humains.

Liste des abréviations

BCN	Bureau Central National
CPI	Cour Pénale Internationale
GRC	Gendarmerie Royale du Canada
INTERPOL	International Criminal Police Organization
OAU	Organisation Union Africaine
OEA	Organisation des États d'Amérique
ONU	Organisation des Nations Unies
PIDCP	Pacte international relatif aux droits civils et politiques
TPIR	Tribunal pénal international pour le Rwanda
TPIY	Tribunal pénal international de l'ex-Yougoslavie

Introduction

Alors que les forces policières et les représentants de la justice d'un pays ne peuvent exercer leurs fonctions qu'à l'intérieur du territoire relevant de leur compétence, la criminalité, elle, ne tient pas compte des frontières étatiques¹. Pour surmonter cette difficulté, et du fait qu'ils étaient confrontés à de nouvelles formes de criminalité², telles le crime organisé, le terrorisme, le blanchiment d'argent, le trafic de personnes ou encore la pornographie juvénile, les États ont dû s'adapter³. Ils ont donc mis en place des outils juridiques afin de les aider lorsqu'ils sont appelés à offrir leur coopération. Si par exemple, un État réclame une personne pour la juger ou, lorsque celle-ci a été condamnée, pour lui faire exécuter sa peine, il doit saisir d'une demande d'extradition les autorités de l'État où se trouve cette personne. Ou encore si un État réclame à un autre des éléments de preuves se trouvant sur son territoire, il doit alors formuler une demande d'entraide judiciaire avec ou non le concours d'organismes de coordination policière et judiciaire tel Interpol.

Au cours des dernières décennies, avec le phénomène de globalisation et de mondialisation, la criminalité dépasse les frontières et s'étend plus facilement à l'échelle planétaire. Cette extension est principalement attribuable à la facilité avec laquelle transitent les biens et personnes. Nous constatons donc un accroissement du nombre de conventions, traités et ce, dans un court laps de temps. Cette prise de conscience collective démontre, à notre avis, un besoin concerté en matière de coopération internationale. À l'internationalisation du crime doit répondre l'internationalisation de sa répression⁴.

¹ Neil Boister, «Transnational Criminal Law?» (2003) 14 E.J.I.L. 953 à la p. 955 [Boister].

² Aux fins du présent travail, l'appellation criminalité transnationale fait référence à des crimes qui impliquent deux États.

³ M. Cherif Bassiouni, *Introduction to International Criminal Law*, Ardsley (NY), Transnational, 2003 à la p. 32.

⁴ Boister, *supra* note 1.

La coopération entre les États⁵ découle de l'application des traités bilatéraux, des conventions internationales et à défaut de tels instruments, en application du droit interne de l'État à qui la demande d'assistance est adressée et ce, aux conditions qu'il prévoit dans sa législation interne⁶. Ces instruments juridiques offrent de multiples garanties de base, tant matérielles que procédurales, afin de protéger les droits des individus faisant l'objet de mesures d'extradition ou d'enquêtes⁷. Souvent, des traités ou ententes sont conclus grâce à des liens géographiques ou historiques entre les États⁸.

Un passage d'un arrêt de la Cour suprême, souvent cité, démontre bien l'importance de cette coopération inter-étatique et ses objectifs⁹ :

⁵ Robert Zimmermann, *La coopération judiciaire internationale en matière pénale*, 3^e éd., Bruxelles, Bruylant, 2009 à la p. 76 [Zimmermann].

⁶ Barbara Yarnold, «Doctrinal Basis for the International Criminalisation Process» (1994) 8 Temp. Int'l & Comp. L.J. 85.

⁷ Neil Boister, «Human Rights Protections in the Suppression Conventions» (2002) 2 Hum. Rts. L. Rev. 199.

⁸ Prenons par exemple le cas spécifique du mandat d'arrêt européen qui a été adopté par le Conseil européen le 13 juin 2002 à la suite des événements du 11 septembre 2001. Ce dernier a remplacé la procédure habituelle d'extradition existante. Il s'agit maintenant d'une décision prise par une autorité judiciaire d'un État membre de l'Union européenne qui vise à obtenir l'arrestation d'une personne recherchée dans un autre État membre ainsi que sa remise éventuelle en vue de l'exercice de poursuites judiciaires ou de l'exécution d'une peine. Cet accord traduit les conclusions adoptées par le Conseil européen de Tampere (Finlande) en octobre 1999, qui stipulent que «la procédure formelle d'extradition devrait être supprimée entre États membres pour les personnes qui tentent d'échapper à la justice après avoir fait l'objet d'une condamnation définitive». En effet, la libre circulation des personnes bénéficie parfois aussi à des criminels recherchés par la justice. Jusqu'à présent, l'extradition était le seul instrument disponible permettant à la justice de les atteindre lorsqu'ils étaient hors des frontières nationales ; elle impliquait une procédure lente et complexe. L'originalité du mandat d'arrêt européen consiste en ce qu'il est applicable à la totalité du territoire de l'Union européenne, soit à ces 27 États membres. Il se substitue à la procédure normale d'extradition, qui réserve une importante marge d'appréciation à l'État auquel la remise d'une personne recherchée a été demandée. Voir : Miriam Lang, «Le mandat d'arrêt européen» (27 octobre 2004), en ligne : Europe Plus <<http://www.europeplusnet.info/article442.html>>.

⁹ *États-Unis c. Cotroni*; *États-Unis c. El Zein*, [1989] 1 R.C.S. 1469 à la page 1485.

Les enquêtes et les poursuites criminelles ainsi que la répression du crime pour la protection des citoyens et le maintien de la paix et de l'ordre public constituent un objectif important de toute société organisée. Il ne serait pas réaliste que la poursuite de cet objectif se confine à l'intérieur de frontières nationales. Il en est ainsi depuis longtemps, mais cela est de plus en plus évident aujourd'hui.

Bien que l'objectif de suppression de criminalité soit important, faut-il néanmoins qu'il le soit au détriment des droits fondamentaux universels? Notre mémoire examinera donc la pratique du Canada et de l'application de la *Charte* en matière de coopération et plus spécifiquement en matière d'entraide judiciaire et d'extradition afin de mettre en lumière l'équilibre fragile entre la protection des droits humains fondamentaux et nos obligations internationales en matière de suppression de la criminalité.

Dans la première partie de notre mémoire, nous examinerons la coopération internationale sous la perspective canadienne et plus précisément le cadre juridique canadien de l'extradition et de l'entraide juridique. Nous verrons également la pratique du Canada en matière de coopération internationale, de même que la compétence du Canada sur la question et ses obligations en droit international telles que la souveraineté territoriale, la non-intervention, la courtoisie¹⁰.

La deuxième partie de notre mémoire sera consacrée aux droits de l'individu, sous une perspective canadienne, lors de la coopération internationale. En effet, il n'est pas rare que le Canada soit confronté à des situations où il risque, en répondant à une demande d'entraide judiciaire en matière criminelle, de brimer les droits fondamentaux d'un citoyen canadien, par exemple parce que le pays requérant possède une très mauvaise réputation en matière de droits humains et que la personne risque d'être ainsi soumise à de mauvais traitements ou encore à la peine de mort.

¹⁰ Jutta Brunnée et Stephen Toope, «A Hesitant Embrace: The Application of International Law by Canadian Courts» (2002) 40 Can. Y.B. Int'l Law 3 [Brunnée et Toope].

Comment arriver alors à un équilibre tout en s'assurant que le Canada lutte efficacement contre la criminalité tout en préservant ses relations diplomatiques et en protégeant les droits fondamentaux des personnes visées¹¹?

Afin de protéger et d'assurer la protection de plusieurs droits fondamentaux et garanties judiciaires, le Canada peut compter sur sa *Charte canadienne des droits et libertés*¹². Si, à certains égards, la *Charte* va plus loin que le droit international, elle n'assure pas par ailleurs que le Canada satisfait ses obligations internationales. Ce vide dans la protection des droits de la personne¹³ n'a pas été compensé ailleurs dans le système, même si les tribunaux ont récemment manifesté la volonté de faire davantage intervenir les obligations internationales du Canada dans leurs interprétations des lois¹⁴.

Notre mémoire se veut une analyse de la coopération internationale, sous une perspective canadienne, mais aussi un examen et une critique des jugements émis par la cour portant sur les mécanismes juridiques mis à la disposition des États lors de demandes d'extradition ou d'entraide juridique et ainsi de l'application, ou non, de la *Charte* hors le territoire canadien. Nous pourrions ainsi constater une évolution importante de la pensée juridique de la part des tribunaux¹⁵. Nous examinerons donc en détails certains jugements clés de la Cour suprême portant plus spécialement sur

¹¹ William C. Gilmore, «The Provisions Designed to Protect Fundamental Human Rights in Extradition and Mutual Legal Assistance Treaties» dans Commonwealth Secretariat, *International Co-operation in Criminal Matters: Balancing the Protection of Human Rights with the Needs of Law Enforcement*, Londres, Commonwealth Secretariat, 2001, 67.

¹² *Charte canadienne des droits et libertés*, partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, constituant l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (R.-U.), 1982, c. 11.

¹³ Joanna Harrington, «The Role for Human Rights Obligations in Canadian Extradition Law» (2006) 43 Can. Y.B. Int'l L. 45 à la p. 99.

¹⁴ Brunnée et Toope, *supra* note 10.

¹⁵ Effectivement, si nous regardons la position prise dans une des premières causes portant spécifiquement sur le sujet, nous pouvons constater une évolution de la pensée juridique: *Canada c. Schmidt*, [1987] 1 R.C.S. 500.

l'entraide judiciaire en matière criminelle dont notamment: *R. c. Harrer*¹⁶, *R. c. Terry*¹⁷, *Schreiber c. Canada*¹⁸, *R. c. Cook*¹⁹ et *R. c. Hape*²⁰. Depuis l'arrêt *Cook*²¹, la jurisprudence relative à l'application extraterritoriale de la *Charte* soulève des difficultés et pose problème dans certaines situations qui présentent des difficultés à la fois pratiques et théoriques. Dans cet arrêt, les juges majoritaires ont affirmé essentiellement que la *Charte* s'applique aux actes des autorités canadiennes chargées de l'application de la loi accomplie pour le compte du gouvernement lorsque le respect des exigences de la *Charte* n'entre pas en conflit avec la compétence territoriale concurrente de l'État étranger.

Une analyse minutieuse de la jurisprudence nous apparaît nécessaire pour comprendre le raisonnement de la Cour suprême²².

En effet, il arrive en matière d'entraide judiciaire que la *Charte* ait une portée extraterritoriale plus large, alors qu'en matière d'extradition le Canada sacrifie l'application extraterritoriale de la *Charte* à ses obligations internationales²³. Nous constatons qu'il y a un affaiblissement de la rigueur de la part des tribunaux au niveau de la gestion de la preuve en matière d'entraide judiciaire, son admissibilité mais aussi avec la façon dont la cour applique les normes nationales relatives aux droits humains envers les personnes qui font l'objet d'enquêtes criminelles par un autre pays ou dans

¹⁶ *R. c. Harrer*, [1995] 3 R.C.S. 562.

¹⁷ *R. c. Terry*, [1996] 2 R.C.S. 207.

¹⁸ *Schreiber c. Canada (Procureur général)*, [1998] 1 R.C.S. 841 [*Schreiber c. Canada*].

¹⁹ *R. c. Cook*, [1998] 2 R.C.S. 597.

²⁰ *R. c. Hape*, [2007] 2 R.C.S. 292.

²¹ *R. c. Cook*, *supra* note 19.

²² Paul Mitchell, «Domestic Rights and International Responsibilities: Extradition under Canadian Charter» (1998) 23 Yale J. Int'l L. 141 à la p. 10.

²³ *Renvoi relatif à l'extradition de Ng*, [1991] 2 R.C.S. 858 n'est qu'un exemple où le Canada a préféré violer ses obligations internationales et a procédé au renvoi. Nous pouvons faire également un parallèle avec la cause suivante: *Suresh c. Canada (Ministère de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2002] 1 R.C.S. 3 où, suite aux événements du 11 septembre 2001, le Canada a décidé de déporter, renvoyer un individu qui ferait vraisemblablement face à de la torture dans son pays.

un autre pays²⁴. Effectivement, la *Charte* est appliquée au processus et à la pratique de l'entraide juridique en matière criminelle de manière beaucoup plus large, voire élastique, contrairement à la pratique habituelle en matière d'extradition.

Dans le cadre de ce mémoire, nous soumettons à titre d'hypothèse que la Cour suprême établit une différence dans son application de la *Charte* aux mécanismes de coopération, selon que des Canadiens font face à l'extradition ou sont l'objet d'enquêtes criminelles, et qu'au nom de la courtoisie internationale on établit une différence de traitement et ce bien souvent au détriment des droits humains²⁵.

²⁴ La question de l'application extraterritoriale de la *Charte* s'est posée de nouveau dans l'affaire *Schreiber c. Canada*, *supra* note 18. Citoyen canadien, M. Schreiber était titulaire de comptes bancaires en Suisse. Le ministère fédéral de la Justice avait sollicité l'assistance des autorités suisses dans le cadre d'une enquête criminelle canadienne. La Suisse avait accepté de prêter son concours, et la saisie de documents et de dossiers relatifs aux comptes de M. Schreiber avait été ordonnée. Aucun mandat de perquisition ni aucune autre autorisation judiciaire n'avaient été obtenus au Canada avant la demande. La Cour suprême devait alors décider si les conditions d'obtention d'un mandat de perquisition au Canada auraient dû être remplies au préalable. Les juges majoritaires ont répondu par la négative.

²⁵ Steve Coughlan *et al.*, «Global Reach, Local Grasp: Constructing Extraterritorial Jurisdiction in the Age of Globalization» (2006), en ligne: Dalhousie University Repository <http://dalspace.library.dal.ca/dspace/bitstream/handle/10222/10268/Coughlan_Currie%20et%20al.%20Extraterritoriality%20EN.pdf?sequence=1>.

1- La coopération internationale sous la perspective canadienne

Lorsque le Canada coopère avec d'autres États, il tente de demeurer en bons termes avec eux afin de maintenir à longue échéance les relations diplomatiques existantes. Cependant, lors de cette coopération, il demeure important pour le Canada que les standards de protection des droits humains, autant au niveau national qu'international, soient respectés. Au Canada, la *Charte canadienne* permet d'assurer à ses citoyens la protection de plusieurs droits fondamentaux et garanties judiciaires. Cependant, lors de sa coopération, le Canada peut-il appliquer le droit canadien et ce hors son territoire²⁶?

Bien évidemment, il se peut que le Canada n'ait pas l'assurance ou une protection adéquate que les droits des individus soient respectés comme s'ils se trouvaient au Canada. À ce moment, le Canada se doit de faire un choix et décider s'il poursuit ou non sa coopération avec l'autre État. Nous ne sommes pas sans savoir que le refus de coopérer pourra heurter les relations inter étatiques actuelles mais également futures et engendrer des conséquences importantes²⁷.

²⁶ À titre d'exemple, la Cour suprême a conclu, dans *États-Unis c. Burns*, [2001] 1 R.C.S. 283 [*États-Unis c. Burns*] qu'il serait contraire à l'art. 7 de la *Charte* d'extrader un fugitif du Canada sans demander à l'État requérant, et sans obtenir de lui, la garantie que la peine de mort ne sera pas infligée. Elle a dûment pris en compte le fait que la demande et l'obtention de telles assurances relevaient des relations étrangères du Canada. Elle a néanmoins ordonné au gouvernement de les demander.

²⁷ En octobre 2002, le gouvernement des États-Unis a transféré Maher Arar, possédant la double nationalité canadienne et syrienne, depuis New York vers la Syrie via la Jordanie en s'appuyant sur des assurances diplomatiques. Arar a été remis en liberté en octobre 2003. Un enquêteur indépendant a été nommé par une Commission d'enquête canadienne officielle sur la façon dont avait été traité Arar. Il a conclu en octobre 2005 qu'Arar avait été torturé alors qu'il était détenu en Syrie, malgré les assurances syriennes du contraire et de plusieurs visites des fonctionnaires consulaires canadiens. En septembre 2006, la Commission d'enquête elle-même a conclu que les tortures subies par Arar en Syrie étaient « un exemple concret que les assurances diplomatiques données par des régimes totalitaires sont sans valeur et ne protègent pas de la torture ». Voir Mario Silva, «Extraordinary Rendition: A Challenge to Canadian and United States Legal Obligations under the Convention against Torture» (2009) 39 Cal. W.L. Rev. 313.

Le dire directement serait s'immiscer dans les relations juridiques des autres pays, ce que le Canada s'interdit de faire à cause du principe de la courtoisie internationale. Est-ce alors dire que les tribunaux sont trop influencés ou soumis au pouvoir exécutif qui, lui, prend trop en considération ce facteur? Il y a donc alors lieu de se questionner sur la légitimité de l'intervention politique en matière d'extradition. Certes, cette intervention peut affecter l'indépendance judiciaire. Toutefois, nous pouvons constater l'inverse et devons spécifier qu'il peut arriver que dans certaines situations²⁸, les tribunaux peuvent donner à la branche exécutive du gouvernement des directives spécifiques sur des questions ayant trait à la politique étrangère²⁹. Nous verrons que les obligations internationales du Canada sont un facteur très important dans la coopération inter étatique.

1.1 L'extradition et l'entraide juridique en matière criminelle: le cadre juridique canadien de la coopération internationale

Le sujet de la coopération internationale³⁰ étant vaste, nous nous sommes concentrés uniquement sur les outils juridiques mis à la disposition du Canada afin d'accomplir cette obligation. Pour les fins de ce mémoire, il ne sera question que de l'extradition et de l'entraide judiciaire en matière criminelle dans un contexte juridique impliquant le Canada. Conséquemment, nous procéderons à une analyse sommaire distincte des

²⁸ *Canada (Premier ministre) c. Khadr*, [2010] 1 R.C.S. 44 au para. 41 [*Canada c. Khadr*].

²⁹ *Canada c. Khadr*, *supra* note 28 au para. 47, où il est indiqué par la cour que la solution à la fois prudente pour l'instant et respectueuse des responsabilités de l'exécutif et des tribunaux consiste à ce que la Cour fasse droit en partie à la demande de contrôle judiciaire présentée par M. Khadr et prononce un jugement déclaratoire en sa faveur informant le gouvernement de son opinion sur le dossier dont elle est saisie, opinion qui fournira pour sa part à l'exécutif le cadre juridique en vertu duquel il devra exercer ses fonctions et examiner les mesures qu'il conviendra de prendre à l'égard de M. Khadr, en conformité avec la *Charte*.

³⁰ Bien que nous employions le terme de coopération nous allons également couvrir, au cours de ce mémoire, les enquêtes policières ayant un aspect extraterritorial.

lois canadiennes en matière d'extradition³¹, d'entraide judiciaire³² ainsi que des dispositions pertinentes de la *Charte canadienne*³³.

1.1.1 Historique de la coopération internationale

L'origine de cette coopération internationale qu'est l'extradition remonte au tout début des relations diplomatiques entre les divers pays. Par un objectif commun de supprimer ou restreindre les crimes ou tout simplement pour qu'un individu soit jugé pour une infraction qu'il aurait commise ou pour lui faire subir une condamnation que les tribunaux auraient prononcée à son encontre, les pays décident de s'entraider.

Le renvoi d'individus à un État requérant, par un État requis, est habituellement basé sur des pactes ou des traités mais aussi et surtout sur les bases réciproques de courtoisie et d'entraide. En fait, toute l'histoire de l'extradition est à la base de relations politiques, bonnes ou mauvaises, entre les différents États. L'individu, dans les premières années de la pratique de l'extradition, est considéré plutôt comme un objet et non comme un sujet. Effectivement, il ne détient pour ainsi dire aucun droit. Cependant, graduellement avec les années et parce que le processus de l'extradition se raffine, certains droits lui seront conférés.

On dénote que même cette pratique prendrait son origine dans les anciennes civilisations égyptiennes, chinoises, chaldéennes et assyro-babyloniennes³⁴.

³¹ *Loi sur l'extradition*, L.C. 1999, c. 18 à l'art. 3(1).

³² *Loi sur l'entraide juridique en matière criminelle*, L.R.C. 1985 (4^e supp.), c. 30.

³³ *Charte canadienne des droits et libertés*, *supra* note 12.

³⁴ L'histoire de l'extradition peut être divisée en quatre périodes:

- 1) Les temps anciens jusqu'au 17^e siècle : cette période est constituée principalement de contrevenants politiques et religieux;
- 2) Du 18^e siècle à la moitié du 19^e siècle : cette période en est une où les traités concernent principalement des contrevenants militaires le tout en concordance à la situation qui sévissait en Europe pendant cette période;

En fait, de l'Antiquité jusqu'à la fin du 18^e siècle, les personnes demandées par les États l'étaient généralement pour des motifs religieux ou politiques et non nécessairement parce qu'elles étaient considérées fugitives. Effectivement, ces personnes étaient plutôt perçues comme étant des adversaires des familles puissantes de l'époque du fait qu'elles contestaient l'ordre et l'autorité établis. Donc, ces personnes devenaient somme toute indésirables, dérangeantes. Il était alors profitable pour l'État qu'elles soient hors de son territoire malgré qu'il n'y ait pas eu de commission d'actes criminels. Ainsi, plus la relation entre les États, voisins ou non, était forte, plus l'intérêt et la considération apportés aux demandes d'extradition étaient importants. Il devenait pressant pour un État de procéder au renvoi de l'individu pour le bien-être de ses relations passées, actuelles mais également futures. Curieusement, les criminels de droit commun n'étaient pas la catégorie de personnes les plus demandées. Pour quelle raison? Parce que leur conduite affectait uniquement d'autres individus et non l'ordre politique. Aujourd'hui, les offenses politiques, qui étaient au départ un motif d'extradition, sont désormais, dans nos lois et traités actuels, des motifs d'exclusion à l'extradition³⁵.

-
- 3) 1833 à 1948 : une période où la préoccupation collective est de supprimer la criminalité;
 - 4) 1948 à aujourd'hui : période où le souci est présent en ce qui concerne la protection des droits humains fondamentaux. Cette période révèle également la conscience populaire et collective ainsi que le besoin de réguler les relations internationales. C'est également au cours de cette période que plusieurs pays ont décidé de se doter d'instruments tels que la *Charte des droits et libertés* au Canada, afin d'offrir des garanties aux individus dont les droits fondamentaux pourraient être brimés.

Le premier traité d'extradition remonte aux années 1280 avant Jésus-Christ. Il s'agit en fait d'un traité de paix signé par Ramsès II, le pharaon d'Égypte avec les Hittites, suite à sa défaite. Ce document écrit en hiéroglyphes se trouve actuellement au temple Karnak, en Égypte. Il demande aux autorités en place le retour des personnes qui ont trouvé refuge dans d'autres territoires. Depuis, on a seulement retrouvé dans les textes européens de droit international, les traités d'extradition signés par des Grecs et des Romains. Voir: Gary Botting, *Extradition between Canada & the United States*, Ardsley (NY), Transnational, 2005.

³⁵ Il faut bien distinguer entre le caractère politique de l'infraction reprochée, tel qu'énoncé à l'alinéa 46(1)c) de la *Loi sur l'extradition*, et une demande d'extradition qui vise à punir la personne pour ses opinions politiques, ce qui est interdit par l'alinéa 44(1)b).

Bref, l'évolution historique de la pratique de l'extradition démontre qu'en des temps plus anciens, elle était surtout utilisée pour préserver les intérêts religieux et politiques des États. Cependant, de façon graduelle, une coopération internationale s'est ainsi développée préservant ainsi les intérêts sociaux mondiaux mais en ayant toujours en tête l'objectif ultime d'enrayer ou de réduire la criminalité³⁶.

Bien qu'il existait déjà une collaboration de la part des États afin de recueillir de la preuve³⁷ lors d'enquêtes policières ou de poursuites criminelles³⁸, l'entraide juridique en matière pénale est un phénomène relativement nouveau³⁹. Divers mécanismes ont été instaurés depuis les dernières années afin de permettre aux corps policiers d'échanger des informations⁴⁰. En effet, une conduite criminelle peut avoir des conséquences au-delà des frontières. Une coopération internationale est alors nécessaire afin d'appréhender ces criminels et de les poursuivre en justice.

³⁶ John Dugard et Christine Van Den Wyngaert, «Reconciling Extradition with Human Rights» (1998) 92 A.J.I.L. 187.

³⁷ À l'époque, l'enquête se limitait au territoire où le crime avait été commis. Maintenant, on peut parler de mouvements de personnes, d'argent, de transactions. L'avènement de l'Internet a également eu son effet et le crime peut maintenant facilement dépasser les frontières.

³⁸ *Convention européenne sur l'entraide judiciaire en matière criminelle*, (1959) Eur.T.S. No. 30.

³⁹ David Mclean, *International Co-operation in Civil and Criminal Matters*, Oxford, Oxford University Press, 2002.

⁴⁰ Cependant, il existe certains concours qui, entre États, ne peuvent pas être assurés par l'intermédiaire des services de police ou par ces mécanismes informels. «L'exemple le plus évident est celui de l'assistance qui exige l'intervention des autorités judiciaires du pays sollicité. En effet, lorsqu'il s'agit notamment d'impêtrer une ordonnance d'un tribunal ou d'une autre mesure de coercition afin d'obtenir sous une forme acceptable les preuves ou renseignements voulus, un mécanisme invariable est alors souhaité. Ainsi, lorsqu'un État cherche à obtenir des relevés bancaires ou la perquisition d'une résidence, il faut bien recourir à un mécanisme permettant d'obtenir les autorisations nécessaires». Voir Kimberly Prost, «Pratique et nouvelles tendances de l'entraide judiciaire : l'avenir de la coopération internationale» (1998), en ligne : [OAS.org](http://www.oas.org/juridico/mla/fr/can/fr_can_prost98.html) <http://www.oas.org/juridico/mla/fr/can/fr_can_prost98.html>.

1.1.2 Définition et interprétation des processus juridiques canadiens de coopération internationale

Plusieurs auteurs ont proposé leur interprétation de l'extradition. Certains auteurs croient que le mot extradition serait dérivé de la pratique appelée «*extra-tradition*». Il en était ainsi parce qu'offrir à un individu qui cherche un refuge, l'asile afin de se soustraire à toute forme de sanction, alors qu'il était suspecté d'avoir commis un crime, était contraire à l'hospitalité traditionnelle offerte normalement par les États⁴¹. D'autres croient plutôt que le terme extradition provient de son origine latine *extradere* qui signifie : retour forcé d'une personne à son État souverain⁴².

La loi canadienne définit l'extradition comme un processus juridique par lequel un État livre des personnes présentes sur son territoire à un autre État pour qu'elles y soient poursuivies ou punies en raison de crimes commis dans cet autre État.⁴³

Il n'y a pas de définition relative à l'entraide judiciaire dans la loi statutaire. Toutefois, nous pouvons établir qu'elle consiste en l'assistance que les autorités d'un État apportent à un autre État dans le cadre d'une procédure pénale.

⁴¹ Ahmad Farooq, «International Cooperation to Combat Transnational Organized Crime - With Special Emphasis On Mutual Legal Assistance And Extradition» (2001), en ligne: UNAFEI <www.unafei.or.jp/english/pdf/PDF_rms/no57/57-14.pdf> aux pp. 166-176.

⁴² Helie M. Faustin, *Traité de l'Instruction Criminelle*, Ch.V (n.d circa 1850) (asserting that the term extradition was not know in France before the Decret-Loi of February 19, 1971, the term used was *Remittere*, meaning delivery of restitution which differs from the Latin etymological origin *trader*, which is the basis for *extradere*).

⁴³ *Loi sur l'extradition*, *supra* note 31.

1.1.3 Les normes régissant la coopération internationale

Les normes régissant la coopération internationale se trouvent autant dans le droit international, qui fixe les règles applicables aux relations inter étatiques, autant dans le droit interne qui définit la mesure, les conditions et les modalités dans lesquelles l'État entend offrir sa coopération. La mise en application du traité, sur le plan interne, exige une loi en vertu de laquelle l'exécutif honorera les obligations du Canada.

Lorsqu'il n'est pas lié par un traité ou que ce dernier est lacunaire, l'État requis peut exiger de l'État requérant, au moment de lui octroyer l'entraide ou de lui remettre la personne poursuivie, une déclaration par laquelle il s'engage, pour l'avenir, à lui accorder sa coopération, aux mêmes mesures et conditions, si cela s'avèrerait nécessaire⁴⁴. On fait référence ici plus à une idée de réciprocité. En effet, cet échange de bons procédés pourra s'avérer, lors de l'avenir, profitable à cet État qui pourra dès lors invoquer sa coopération passée. Ces accords passés de manière informelle entre les autorités nationales d'exécution, ont pour seule vocation de faciliter les voies de communication. Ils ne sauraient servir à titre de traité ou à le compléter, là où il fait défaut.

1.1.3.1 La législation canadienne

1.1.3.1.1 La Loi sur l'extradition

Ayant en tête les multiples contestations passées, la réforme de la loi de 1999 avait comme objectif de moderniser et simplifier la loi déjà en place. Le résumé parlementaire qui accompagnait le projet de loi résume bien la pensée : « régime

⁴⁴ Zimmermann, *supra* note 4 à la p. 58.

juridique complet, conforme aux principes juridiques contemporains et à l'évolution récente sur le plan international »⁴⁵.

Au Canada, depuis le 17 juin 1999, c'est la *Loi sur l'extradition* qui régit les demandes d'extradition. Cette loi abroge les deux lois qui s'appliquaient auparavant sur son territoire, à savoir la *Loi sur l'extradition*⁴⁶ et la *Loi sur les criminels fugitifs*⁴⁷. Cette dernière loi était utilisée pour les renvois entre les différents pays du Commonwealth où une procédure différente de l'extradition, au sens strict du terme, était prévue. En effet, elle permettait le renvoi de personnes accusées ou déclarées coupables d'une infraction punissable de douze mois d'emprisonnement ou plus « dans la partie des royaumes et territoires de Sa Majesté où elle a été commise ». Compte tenu que ces juridictions avaient le même souverain et un héritage politique, légal et culturel commun, un traité d'extradition n'était donc pas requis.

⁴⁵ Service fédéral des poursuites, «Guide fédéral des poursuites» (31 juillet 2009), en ligne : Ministère de la Justice du Canada <<http://www.justice.gc.ca/fra/min-dept/pub/sfp-fps/fpd/ch40.html>>. Plusieurs changements ont été apportés avec la nouvelle loi dont notamment: un certain nombre de changements législatifs qui ont généralement pour objet d'assouplir le système. Nous référons le lecteur, au site précédemment mentionné pour plus d'informations sur les critiques, objectifs de la loi et ce, avant son adoption. Les changements importants sont les suivants :

-Adoption d'un code de procédure plus détaillé eu égard au processus d'extradition, notamment des échéances pour les diverses décisions et étapes de la procédure.

-Remplacement de la liste actuelle des « crimes donnant lieu à l'extradition » par une norme définissant les « situations donnant lieu à l'extradition ».

-Assouplissement des règles de la preuve actuelles pour permettre d'entendre des preuves fournies par d'autres États et qui pourraient ne pas être recevables dans le cadre d'un procès au Canada, mais le seraient dans l'État qui demande l'extradition.

⁴⁶ *Loi sur l'extradition*, L.R.C. 1985, c. E-23.

⁴⁷ *Loi sur les criminels fugitifs*, L.R.C. 1985, c. F-32.

Désormais, le Canada n'applique plus de régime différent. Ces pays sont désignés sous le vocable de partenaires⁴⁸.

La nouvelle loi maintient cependant la traditionnelle bifurcation des deux phases distinctes⁴⁹. La première est la phase judiciaire au cours de laquelle un tribunal détermine si l'extradition est justifiée sur les plans factuel et juridique. Si cette phase aboutit à la délivrance d'un mandat de dépôt, on passe à la deuxième phase. Le ministre de la Justice exerce alors son pouvoir discrétionnaire pour décider s'il y a lieu de décerner un mandat d'extradition. La première phase de décision est certainement judiciaire de par sa nature et justifie l'application de toute la gamme des garanties en matière de procédure. Par contre, la deuxième est de nature politique. Le ministre doit sopeser les observations du fugitif par rapport aux obligations internationales du Canada qui découlent de traités qu'il a signés.

1.1.3.1.2 La Loi sur l'entraide juridique en matière criminelle

Il devenait pressant de légiférer sur la question de l'entraide juridique en matière criminelle. En effet, avec la venue de plusieurs formes nouvelles de criminalité, le Canada devait s'adapter et commencer une coopération avec d'autres États. Peu de temps avant d'avoir adopté la *Loi sur l'extradition*, le Parlement a adopté en 1988 la *Loi sur l'entraide juridique en matière criminelle*⁵⁰. Cette loi confère aux tribunaux canadiens des pouvoirs coercitifs, comme en matière d'assignation de témoins et de mandats de perquisition, pour obtenir au Canada, au profit d'un autre

⁴⁸ Thomas Beveridge, Elaine Krivel et John Hayward, *A Practical guide to Canadian Extradition*, Toronto, Carswell, 2002 à la p. 7 [Krivel et Beveridge].

⁴⁹ La nouvelle loi a été critiquée par plusieurs dû au fait qu'elle donnait trop de discrétion au ministre. En effet, c'est le ministre qui prendra ultérieurement la décision d'extrader ou non l'individu, politisant ainsi le processus d'extradition, mais aussi en ayant une forte tendance à privilégier les obligations internationales canadiennes. Krivel, Beveridge, *supra* note 48.

⁵⁰ *Loi sur l'entraide juridique en matière criminelle*, R.S.C. 1985 (4^e supp.), c. 30.

État, des preuves qui seront utilisées dans des enquêtes et des poursuites criminelles dirigées par cet État.

La Loi ne reconnaît que les demandes faites par un autre État ou entité en vertu d'un traité, bilatéral ou multilatéral, d'un arrangement particulier à cet effet, ou d'une désignation aux termes de la Loi⁵¹. Il n'est cependant pas nécessaire, lors de l'envoi de la requête pour entraide judiciaire, d'avoir une loi cadre sur la question, d'autant plus que c'est plutôt un acte qui relève de la fonction exécutive. Les requêtes peuvent être formulées en fonction d'obligations d'un traité mais également en l'absence d'accord portant sur l'entraide juridique en matière criminelle.

1.1.3.2 Les demandes fondées sur un traité

Le Canada est partie à plusieurs traités bilatéraux d'extradition et d'entraide judiciaire⁵² avec divers pays et organisations internationales⁵³ et ce, afin d'assurer une plus grande coopération entre les États dans la mise en application du droit pénal⁵⁴. On peut retrouver notamment à titre de partenaires les États et les entités, comme les tribunaux internationaux avec lesquels le Canada a signé un accord, soit en devenant partie à un traité bilatéral ou multilatéral ou avec lesquels le Canada a conclu un accord spécifique.

⁵¹ La décision *Re Pokidyshev* (1999) 27 C.R. (5th) 316 (Ont C.A.) nous indique clairement quel était le but de la loi: *The purpose of this Act is clear. By 1988, when the Act was proclaimed, international crime had become a major problem. Criminals, especially sophisticated ones, used the limits imposed on police and prosecutors by national borders to facilitate their criminal schemes and avoid detection: United Kingdom v. Ramsden* (1996), 108 C.C.C. (3d) 289 at 294-95 (Ont. C.A.), leave to appeal to S.C.C. refused May 1, 1997. In 1988, Canada had international obligations under various treaties and conventions to assist other states in the investigation and detection of crime, but had no domestic legislation in place to provide the necessary assistance and co-operation. The Act filled that void and must be read with that purpose in mind.

⁵² Un échange de notes diplomatiques ou de lettres peut avoir le même effet que ces instruments.

⁵³ Voir: Organization of American States, «Multilateral Treaties» (2010), en ligne : OAS <http://www.oas.org/DIL/treaties_subject.htm#Extradition>.

⁵⁴ L'État qui devient partie à un traité doit honorer ses obligations, un principe connu sous *pacta sunt servanda*. Lors de notamment une demande d'extradition, les États ne peuvent donc pas invoquer leurs lois domestiques afin de se soustraire à ces obligations contractées.

La mise en application du traité, sur le plan interne, exige une loi en vertu de laquelle l'exécutif honorerait les obligations du Canada. La Cour suprême l'a bien indiqué :

Quoique la pratique internationale puisse, sans doute, être d'une certaine utilité dans l'interprétation de la loi, il est important de souligner que l'extradition n'existe pas en vertu d'une coutume internationale. L'extradition se fait plutôt en conformité avec la Loi sur l'extradition, L.R.C. (1985), ch. E-23, et, ainsi que le prévoit l'art. 3 de cette Loi, avec les dispositions du traité applicable⁵⁵.

En vertu de cet article de la loi, le traité pouvait avoir pour effet d'accroître les pouvoirs de la branche exécutive de gouvernement. Donc, sur le plan juridique, l'extradition est essentiellement un acte administratif, et non judiciaire, posé en vertu des obligations assumées par le Canada sur le plan international⁵⁶.

En général, les traités d'entraide juridique prévoient cinq principaux mécanismes obligatoires d'aide⁵⁷ :

- La réunion de preuves, notamment les documents, affidavits et témoignages;
- Le prêt de pièces à conviction;
- Le transfèrement de détenus disposés à témoigner ou à apporter leur concours pour une enquête ou une poursuite;
- Les fouilles et les perquisitions;
- Le paiement des amendes et l'exécution des ordonnances de confiscation.

Selon les traités en vigueur, le Canada peut utiliser ces mécanismes tant avant qu'après le dépôt d'accusations criminelles. La plupart des traités autorisent également le Canada à obtenir des témoignages par commission rogatoire. C'est en fait le procureur de la couronne qui remplit un formulaire de demande fondée sur un traité.

⁵⁵ *U.S.A. c. Allard*, [1991] 1 R.C.S. 861.

⁵⁶ Pierre Béliveau, *Le droit international Canadien et l'entraide pénale internationale*, Bruxelles, Bruylant, 2005 aux pp. 223-251.

⁵⁷ Service fédéral des poursuites, «Guide fédéral des poursuites» (31 juillet 2009), en ligne : Ministère de la Justice du Canada <<http://www.justice.gc.ca/fra/min-dept/pub/sfp-fps/fpd/ch40.html>>.

Il se rend sur le territoire autre et interroge les témoins pertinents et requis. Ces demandes sont analysées conformément au droit de l'État requis. Les autorités centrales des deux États, indiquées dans le traité, se transmettent directement les demandes d'assistance.

Il peut arriver qu'un État soit saisi de façon simultanée de plusieurs demandes émanant de différents États mais visant la même personne ou le même objet. Le règlement de ce concours est en principe laissé à la discrétion de l'État requis, qui devra s'efforcer de régler cette question par un accord commun entre les États intéressés. Si la demande est incomplète ou imprécise ou si elle ne satisfait pas entièrement aux exigences de forme posées par le traité ou par la loi, ce défaut n'entraîne pas nécessairement le refus de l'entraide ou l'annulation des mesures ordonnées par l'autorité d'exécution. S'il existe une possibilité de remédier aux défauts de la demande, l'État requis est tenu d'inviter l'État requérant à compléter celle-ci, plutôt que de la rejeter. Cette obligation résulte de la courtoisie internationale et de la nature même des traités qui favorisent la coopération internationale, laquelle doit être accordée dans toute la mesure du possible. L'État requis qui omettrait de signaler à l'État requérant les moyens de corriger les informalités qui affectent la demande irait à l'encontre du but poursuivi par le traité.

Le but de ces accords spécifiques est de déterminer l'objectif, la structure, la durée et l'ampleur de cette entraide judiciaire. Plusieurs de ces accords, motivés par leurs traditions, coutumes, cultures ou territoires, existent depuis bon nombre d'années. D'autres, d'origine plus récente, ont été développés après que certains pays aient subi différents changements dans leurs structures gouvernementales ou politiques. On peut également penser que la nature du crime influence grandement la mise en place de

ces traités. Ces crimes, par leurs caractéristiques, instaurent une coopération devenue nécessaire⁵⁸.

1.1.3.2.1 Les traités types en matière de coopération internationale

À défaut de convention universelle régissant l'extradition, l'ONU (l'Organisation des Nations Unies) a élaboré des traités-types⁵⁹ à l'intention des États. Comme leur nom l'indique, il ne s'agit pas d'instruments qui lient les États, mais uniquement de canevas destinés à leur fournir un repère⁶⁰ lorsqu'ils entendent passer entre eux des traités ou envisagent de légiférer dans ce domaine⁶¹. L'ONU a préféré ce choix à celui, plus aléatoire, qui aurait consisté à élaborer des conventions universelles établies sur la base d'un consensus difficile à atteindre. En effet, il aurait alors été irréaliste d'avoir des conventions uniformes et organisationnelles qui auraient été acceptées par tous les États en tenant compte de leurs réalités propres.

Ce traité type pose l'obligation d'extrader toute personne recherchée par l'État requérant pour des délits extraditionnels⁶². Il détermine les cas pour lesquels l'extradition doit être refusée⁶³ ou peut l'être⁶⁴. Il définit la forme, la communication et le traitement des demandes⁶⁵, etc.

⁵⁸ Pensons simplement aux trafics de stupéfiants, d'immigration illégale, de crime organisé, de prostitution, de ventes d'organes.

⁵⁹ *Model Treaty on Extradition (MTE)*, 30 ILM 1407 (1991).

⁶⁰ Il est intéressant toutefois de constater que le traité type portant sur l'entraide judiciaire en matière criminelle ne fait pas mention de droit à un procès juste et équitable alors qu'il en est question à l'article 3(f) du traité type sur l'extradition. Est-ce une indication qu'une moins grande importance est accordée à ces droits par la communauté internationale?

⁶¹ Les tribunaux ont fait référence à ce traité-type dans la décision de *États-Unis c. Burns*, *supra* note 26.

⁶² *Model Treaty on Extradition (MTE)*, 30 ILM 1407 (1991) aux arts. 1 et 2.

⁶³ Art. 3: Ces exceptions obligatoires concernent le délit politique, le délit similaire, la règle de *ne bis in idem*, la prescription, etc.

Tout comme le traité sur l'extradition, l'ONU⁶⁶ a mis au point un traité type en matière d'entraide juridique en matière criminelle⁶⁷. Ce traité définit l'étendue des mesures d'entraide⁶⁸ et énumère les motifs de refus de celle-ci⁶⁹. Il détermine la forme⁷⁰ et le traitement de demandes⁷¹. Il traite également des perquisitions et des saisies⁷². Ce traité est complété par un protocole facultatif régissant le sort du produit du crime.

1.1.3.3 Conventions spécialisées internationales et ententes portant sur la coopération internationale

La communauté internationale a adopté plusieurs conventions réprimant des délits déterminés qui contiennent des normes destinées à favoriser la coopération internationale⁷³. Il peut arriver que ces conventions soient conclues grâce aux liens

⁶⁴ Art. 4: Ces exceptions dites facultatives concernent la non-extradition des nationaux, le risque de voir prononcer la peine capitale dans l'État requérant, la prescription de l'action pénale dans l'État requérant, etc.

⁶⁵ Arts. 5, 7, 8 et 10.

⁶⁶ Le 14 décembre 1990, l'assemblée générale de l'ONU a adopté, dans sa 68e réunion plénière, quatre traités types concernant respectivement l'extradition, l'entraide judiciaire, la délégation de poursuites pénales et la remise de personnes condamnées avec sursis ou libérées conditionnellement. Zimmermann, *supra* note 4 à la page 10.

⁶⁷ *Model Treaty on Mutual Assistance in Criminal Matters (MTMA)* 30 ILM 1419 (1991).

⁶⁸ Arts. 1 et 2.

⁶⁹ Art 4: Ces exceptions concernent l'ordre public, le délit politique et militaire, la règle de *ne bis in idem*, la double-incrimination, etc.

⁷⁰ Art. 5.

⁷¹ Arts. 6 et 7.

⁷² Art. 17.

⁷³ Le Canada est signataire de plusieurs conventions multilatérales, ces sources du droit traitent autant de l'extradition que de l'entraide juridique en matière pénale. À titre d'exemple, la *Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants*, 10 décembre 1984, 1465 R.T.N.U. 85 (en vigueur pour le Canada le 24 juillet 1987). Cette convention définit des comportements que les États proscrivent et répriment. Ces délits donnent lieu à l'extradition et à l'entraide judiciaire la plus large. Les États s'engagent à ne pas extradé une personne vers un État où il y a de sérieux motifs qu'elle serait soumise à toute forme quelconque de torture. La *Convention pour la répression d'actes illicites dirigés contre la sécurité de l'aviation civile*, 23 septembre 1971, 974 R.T.N.U. 177 en est un autre exemple.

géographiques et historiques entre les États⁷⁴ alors que d'autres conventions multilatérales visent uniquement à faciliter la coopération internationale en matière pénale avec des prescriptions relatives à l'entraide et à l'extradition. Tout comme les traités, les conventions internationales demandent une incorporation dans le droit national⁷⁵. D'un point de vue international, ces conventions servent de supplément aux traités garantissant une reconnaissance et une application universelle des droits humains fondamentaux, dont le droit à un procès juste et équitable⁷⁶.

À part ces conventions, il peut également y avoir des ententes administratives conclues entre les États. Il est prévu, à l'article 6 de la *Loi sur l'entraide juridique en matière criminelle*, que :

Art. 6(1) *En l'absence d'accord, le ministre des Affaires étrangères peut, avec l'agrément du ministre, conclure avec un État ou une entité dont le nom ne figure pas à l'annexe une entente administrative prévoyant l'aide juridique en matière criminelle dans le cadre d'une enquête déterminée portant sur des actes qui, s'ils étaient commis au Canada, constitueraient des actes criminels.*

2) *Lorsqu'un accord prévoit expressément que l'aide juridique peut être accordée à l'égard d'actes qui ne constituent pas une infraction au sens de l'accord, le ministre des Affaires étrangères peut, dans des circonstances exceptionnelles et avec l'agrément du ministre, conclure avec l'État ou entité visée une entente administrative prévoyant l'aide juridique en matière criminelle dans le cadre d'une enquête déterminée portant sur des actes qui, s'ils étaient commis au Canada, constitueraient une violation d'une loi fédérale ou provinciale.*

⁷⁴ L'Organisation de l'Union Africaine (OAU) ou encore l'Organisation des États d'Amérique (OEA) en sont des exemples avec des instruments tels que: *Charte de l'Organisation des États Américains*, 30 avril 1948, 119 R.T.N.U. 3. ou *Charte de l'Organisation de l'Union Africaine*, 25 mai 1963, 479 R.T.N.U. 39.

⁷⁵ *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817 au para 79 : Il est bien établi qu'une convention internationale ratifiée par le pouvoir exécutif n'a aucun effet en droit canadien tant que ses dispositions ne sont pas incorporées dans le droit interne par une loi les rendant applicables.

⁷⁶ Zimmermann, *supra* note 4 à la p.67.

1.1.4 Les principes et motifs d'exclusion en matière de coopération internationale

1.1.4.1 Les principes de la coopération internationale

Si les conditions de la coopération sont données et qu'aucun motif d'exclusion⁷⁷ ne s'y oppose, reste alors à déterminer l'étendue de la coopération octroyée⁷⁸. Interviennent à ce stade les principes de proportionnalité et de la spécialité. Le principe de la proportionnalité précise l'ampleur de la coopération accordée par l'État requis alors que le principe de la spécialité, lui, limite le pouvoir répressif de l'État requérant.

1.1.4.1.1 Le principe de la proportionnalité

Selon ce principe, l'intervention étatique doit se limiter à ce qui est adéquat et nécessaire pour atteindre le but visé par la mesure de contrainte; celle-ci est disproportionnée si le même résultat peut être atteint par un moyen moins intrusif.

⁷⁷ Malgré la demande d'un État requérant et le bon vouloir de l'État requis, il peut arriver que la coopération internationale soit empêchée par des motifs dits d'exclusion, de refus. Le principe de la double incrimination se veut un exemple en ce que l'État requis n'est habituellement pas tenu d'extrader une personne pour une conduite qui ne constitue pas un crime en vertu de ses propres lois. Selon ce principe, l'infraction pertinente doit être punissable dans l'État requérant et devrait être punissable dans l'État requis si elle avait été commise dans cet État. En vertu de ce principe, si la prescription est acquise dans l'État requis, l'extradition peut être refusée. Il existe aussi à titre de motif d'exclusion le principe de «*ne bis in idem*», un principe classique de la procédure pénale, déjà connu du droit romain, d'après lequel «*nul ne peut être poursuivi ou puni pénalement à raison des mêmes faits*». Cette règle, qui répond à une double exigence d'équité et de sécurité juridique, est reconnue et appliquée dans l'ordre juridique interne par l'ensemble des pays respectueux de l'État de droit. Pour les fins de ce présent mémoire, nous traiterons uniquement des motifs d'exclusion de la coopération internationale donc s'appliquant à l'extradition et à l'entraide judiciaire en matière pénale. Il est toutefois opportun de noter que les motifs d'exclusion sont généralement beaucoup plus restrictifs en matière d'entraide judiciaire qu'en extradition. Voir Zimmermann, *supra* note 4 à la p. 528.

L'article 44(1) de la *Loi sur l'extradition* traite de certains motifs de refus:

44(1) Le ministre refuse l'extradition s'il est convaincu que:

- a) soit l'extradition serait injuste ou tyrannique compte tenu de toutes les circonstances;
- b) soit la demande d'extradition est présentée dans le but de poursuivre ou de punir l'intéressé pour des motifs fondés sur la race, la nationalité, l'origine ethnique, la langue, la couleur, la religion, les convictions politiques, le sexe, l'orientation sexuelle, l'âge, le handicap physique ou mental ou le statut de l'intéressé, ou il pourrait être porté atteinte à sa situation pour l'un de ces motifs.

⁷⁸ Geoff Gilbert, *Responding to International Crime*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2006.

Les traités n'érigent pas expressément le principe de la proportionnalité en condition de la coopération internationale, mais seulement de manière implicite, en tant qu'ils imposent à l'État requérant de définir, aussi précisément que possible l'objet et les contours de la requête.

Il appartient à l'État requérant de circonscrire le cadre de la coopération qui lui est nécessaire et l'étendue des renseignements demandés. Ce principe s'applique à tous les stades de la procédure. L'application de ce principe ne se conçoit guère en matière d'extradition. De deux choses l'une : ou le fugitif est livré ou il ne l'est pas.

1.1.4.1.2 Le principe de la spécialité

Le principe de la spécialité interdit à l'État de poursuivre la personne extradée ou d'utiliser les documents et renseignements fournis dans le cadre de l'entraide judiciaire à d'autres fins que la répression des infractions pour laquelle l'État requis a accordé sa coopération. Ce principe découle des traités et des lois et a pour effet de limiter l'usage par l'État requérant des documents, renseignements et informations reçus.

1.1.4.2 Motifs d'exclusion de la coopération internationale

Les motifs de refus à la coopération internationale ont augmenté en nombre avec les années avec la supposition du fait que l'on essaye de porter une attention particulière aux droits fondamentaux humains. Cependant, cela fait en sorte que les nombreuses exceptions, défenses, exemptions restreignent le mécanisme de coopération et certaines frustrations peuvent en résulter. En effet, il devient ainsi beaucoup plus difficile de satisfaire aux demandes des États requérants.

1.1.4.2.1 Délit politique

L'État requis ne coopère pas pour la répression de délits qu'il tient pour politiques ou connexes à un délit politique. La doctrine classique justifie cette exception à la coopération par une pluralité de motifs⁷⁹. Le premier est juridique, et tient au fait que l'État requis ne réprimerait pas le délit politique pour lequel la coopération est demandée. Le second relève de considérations humanitaires, car la personne poursuivie n'est pas toujours assurée de bénéficier, dans l'État requérant, d'un procès équitable lorsqu'elle est accusée de ce type de délit. Le troisième est politique, tant il peut paraître prudent, pour l'État requis, de ne pas s'immiscer dans les affaires internes de l'État requérant⁸⁰. La portée de l'exception du délit politique est limitée à plusieurs égards : les normes qui l'instituent n'en définissent ni la notion, ni les paramètres. Finalement, il existe toujours le réflexe de solidarité qu'ont les États démocratiques entre eux⁸¹.

1.1.4.2.2 Le but déguisé de la poursuite: discrimination

L'État requis n'accorde pas sa coopération s'il a des motifs de penser que la demande est en réalité présentée aux fins de poursuivre ou de punir un individu pour des considérations liées à la race religion, ou de la nationalité, etc. Lorsqu'elle contrôle l'application de la clause de non-discrimination, l'autorité d'exécution fait preuve d'une prudence particulière car son examen implique un jugement de valeur sur les affaires de l'État requérant et compromettre ainsi les relations inter étatiques.

⁷⁹ Christine Van Den Wyngaert, «The Political Offence Exception to Extradition: How to Plug the Terrorist Loophole without Departing from Fundamental Human Rights» (1991) 62 Rev.I.D.P. 291.

⁸⁰ Cet argument a un certain écho: l'État requis pouvait hésiter à remettre à l'État requérant des opposants politiques qui pouvaient un jour accéder au pouvoir.

⁸¹ Christopher L. Blakesley, «The law of International Extradition: A comparative Study» (1991) 62 R.I.D.P. 381.

1.1.4.2.3 Les motifs liés à la nature de la peine ou aux mauvais traitements encourus dans l'État requérant

Le refus de coopérer à une procédure pour laquelle la personne poursuivie risque la peine de mort découle des traités et du droit interne. Il peut y avoir exclusion de la coopération lorsque la personne est exposée au risque concret de subir, dans l'État requérant, de la torture ou des peines et traitements cruels, inusités ou dégradants. On peut constater, au cours des dernières décennies, un souci d'une meilleure protection des droits fondamentaux de la personne humaine à cet égard.

Certains pourraient penser qu'il y a là une entrave à la coopération internationale, dans la mesure où cette dernière peut être refusée pour des motifs liés à la protection des droits fondamentaux. La personne visée par une demande de coopération est soumise à la juridiction de l'État requis, qui doit veiller à la protection de ses droits dans l'État requérant. Ce devoir de vigilance constitue une obligation, et non une simple faculté de refuser sa coopération, pour l'État requis, qui engage alors sa responsabilité internationale⁸².

Le respect des droits de l'homme est l'une des plus grandes priorités dans le domaine de la coopération internationale. La lutte contre la torture et les autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants constitue une responsabilité pour l'État à qui la demande de coopération est adressée. Il doit s'assurer qu'il y a respect et interdiction de violations graves de la dignité humaine. Les États doivent apporter leur soutien aux mécanismes internationaux et régionaux prévus dans ce domaine (par exemple le Comité contre la torture, le Sous-comité pour la prévention de la torture), et décider de ne pas coopérer avec les États qui ne respectent pas ses normes.

⁸² Zimmermann, *supra* note 4 à la p. 99.

1.1.4.2.4 Les motifs liés aux conditions de répression de l'infraction

La coopération n'est pas accordée si l'État requérant ne dispose pas de la compétence pour réprimer les délits imputés à la personne poursuivie. Il en va de même si la personne concernée est l'objet, dans l'État requis, d'une procédure pénale parallèle en raison de faits similaires à ceux à l'origine de la demande.

1.1.4.2.5 Les motifs liés aux défauts de la procédure dans l'État requérant

La procédure dans l'État requérant doit respecter les règles applicables en matière de détention et garantir à l'accusé un procès équitable⁸³.

1.1.4.2.6 Les motifs liés à la personne poursuivie

La mise en œuvre de mesures de contrainte dans le domaine de la coopération internationale peut se heurter à l'immunité dont prétendrait bénéficier la personne concernée. Les agents diplomatiques bénéficient de l'immunité qui leur est attachée notamment selon la *Convention de Vienne sur les relations diplomatiques* conclue le 18 avril 1961 à Vienne⁸⁴.

Certains États, dont notamment la Suisse et l'Allemagne, n'extradent pas leurs nationaux. Selon la conception classique, l'État craint que l'un de ses ressortissants puisse être discriminé en raison de sa nationalité ou parce qu'il ne parle pas la langue du procès intenté contre lui à l'étranger⁸⁵. Si le traité ne prévoit pas cette exception,

⁸³ Zimmermann, *supra* note 4 à la p.631.

⁸⁴ *Convention de Vienne sur les relations diplomatiques*, 18 avril 1961, 500 R.T.N.U. 95. Nous ne traiterons pas de cet aspect particulier. Nous référons le lecteur aux ouvrages ayant été écrits sur la question.

⁸⁵ Zimmermann, *supra* note 4 à la p. 502.

l'extradition doit être accordée, nonobstant la nationalité du fugitif. Le critère de la nationalité ne joue aucun rôle dans le domaine de l'entraide. L'État requis ne s'oppose pas à la demande lorsqu'elle tend à l'exécution de mesures de contrainte à l'égard de ses ressortissants.

1.1.4.2.7 Les motifs liés à l'ordre public

L'État requis peut s'opposer à la coopération s'il estime que l'exécution de la demande est de nature à porter atteinte à sa souveraineté, à sa sécurité, à son ordre public. Cette règle protège l'État requis contre les effets que pourrait produire l'application de mesures coercitives nécessaires pour l'entraide internationale⁸⁶.

1.1.5 Preuve et procédure devant les tribunaux canadiens

Il n'y a pas seulement les agents des forces policières qui agissent dans un cadre plus ou moins défini en matière de coopération internationale. Nous constatons également une différence de traitement de la preuve pénale, au niveau de son accessibilité et de son admissibilité, lorsque le gouvernement canadien est impliqué lors d'une demande d'extradition ou d'une demande d'entraide judiciaire en matière pénale⁸⁷.

⁸⁶ Zimmermann, *supra* note 4 à la page. 662.

⁸⁷ La Cour suprême a confirmé dans les causes de *R. c. Harrier* (*supra*, note 16) et de *R. c. Terry* (*supra*, note 17) que la preuve collectée par les agents américains, qui rencontrait les standards de procéduraux de l'État américain, mais qui n'était toutefois pas le cas en matière de Charte canadienne serait néanmoins admissible parce que la Charte était simplement résolue à réglementer le comportement des agents de police canadiens et ne pouvait donc trouver application de façon extraterritoriale.

1.1.5.1 En matière d'extradition

L'arrêt *Ferras*⁸⁸ de la Cour suprême a établi plusieurs critères à suivre lors d'une procédure en matière d'extradition⁸⁹. Selon les faits, les États-Unis ont demandé l'extradition des accusés Ferras, Latty et Wright. À l'époque, les dossiers d'extradition présentés lors des auditions relatives à leur incarcération consistaient en des déclarations non faites sous serment de représentants de l'ordre résumant la preuve ultérieurement produite à procès. Les accusés ont alors allégué que cette procédure était non conforme à l'article 7 de la *Charte*⁹⁰ parce qu'elle permettait l'extradition sur le fondement d'éléments de preuve non fiables.

Tel que nous l'avons vu, la loi établit un processus en deux étapes, de nature judiciaire et exécutive, permettant d'extrader une personne afin qu'elle réponde à des accusations portées contre elle dans un pays étranger. Selon la procédure établie, le juge d'extradition peut refuser la preuve qui n'est pas considérée disponible ou fiable lors de l'audition⁹¹ parce que la fiabilité de la preuve certifiée est contestée avec succès ou lorsque rien n'indique, par certification ou autrement, que la preuve est

⁸⁸ *États-Unis c. Ferras; États-Unis c. Latty*, [2006] 2 R.C.S. 77.

⁸⁹ Loin de nous d'examiner toutes les règles de preuve en matière d'extradition. Nous référons donc le lecteur aux ouvrages écrits sur la question dont notamment Gary Botting, *Halsbury's Laws of Canada - Extradition and Mutual Legal Assistance in Criminal Matters*, Markham: LexisNexis, Canada 2010.

⁹⁰ Cet article ne garantit pas le recours à un type particulier de procédures pour toutes les situations où il est porté atteinte à la liberté d'une personne mais il garantit l'équité procédurale eu égard à la nature des procédures.

⁹¹ L'article 32 de la Loi mentionne des éléments de preuve admissibles. Comme on peut le constater, il y a une présomption de fiabilité en regard de certains éléments de preuve énumérés. Ces éléments ne seraient autrement admissibles sous le droit canadien. Nous reprenons ici cet article aux fins de compréhension:

32(1) Sont admis comme faisant preuve au cours de l'audition de la demande, sous réserve du paragraphe (2), les éléments de preuve admissibles en vertu du droit canadien ainsi que les éléments de preuve suivants même si le droit canadien ne prévoit pas par ailleurs leur admissibilité:

a) le contenu des documents qui font partie du dossier d'extradition certifié en conformité avec le paragraphe 33(3);

b) le contenu des documents présentés en conformité avec un accord;

c) les éléments de preuve présentés par l'intéressé qui sont pertinents pour l'application du paragraphe 29(1) et que le juge estime dignes de foi.

(2) Les éléments de preuve obtenus au Canada sont admis en conformité avec le droit canadien.

disponible pour le procès. La *Loi sur l'extradition* offre deux mesures de protection à la personne dont la liberté est en jeu: premièrement, des dispositions relatives à l'admissibilité de la preuve qui visent à établir un seuil de fiabilité et, deuxièmement, l'exigence que le juge détermine le caractère suffisant de la preuve pour établir la base légale donnant lieu à l'extradition. Le juge doit donc évaluer la preuve soumise par l'État requérant et décider s'il y a une suffisance de preuve, et ce exactement comme si l'individu était jugé devant les tribunaux canadiens pour une infraction correspondante dans notre droit. Le tribunal doit déterminer si ces deux mesures de protection, considérées conjointement, offrent un processus équitable et conforme aux principes fondamentaux de justice⁹².

Dans la cause *Shulman*, la cour indique que l'examen de l'admissibilité de la preuve dépend de la nature de celle-ci⁹³. La véritable question est de savoir si les dispositions de la *Loi sur l'extradition* relatives à l'admission de la preuve ont pour effet de rendre inéquitable le processus d'extradition lorsqu'elles sont évaluées de concert avec les autres dispositions de la loi et en fonction de la nature des procédures d'extradition⁹⁴.

D'après la méthode du traité, il s'agit plutôt de déterminer si la preuve satisfait aux exigences du traité d'extradition applicable. D'après la méthode du dossier d'extradition, qui consiste dans le dépôt de déclarations, il s'agit de savoir si les

⁹² La personne visée par le processus d'extradition peut demander à l'État requérant que la preuve recueillie en contravention de ses droits fondamentaux soit exclue en vertu de l'article 24(2) de la Charte ; *États-Unis d'Amérique c. Shulman*, [2001] 1 R.C.S. 616.

⁹³ La loi prévoit que les éléments de preuve sont admissibles s'ils sont dûment certifiés conformément au par. 33(3), dans le cas d'une procédure fondée sur le dossier d'extradition, ou s'ils sont présentés en conformité avec un traité, dans le cas d'une procédure fondée sur un traité. Il peut s'agir d'ouï-dire et selon les traités en litige, il n'est pas nécessaire de certifier que les éléments de preuve sont disponibles pour le procès.

⁹⁴ Selon la jurisprudence actuelle, il semble que, dans le cadre de ces deux examens, le juge ne peut guère, voire pas du tout, évaluer la preuve soumise par l'État étranger et refuser l'extradition s'il estime qu'elle n'est pas fiable ou qu'elle est autrement insuffisante. *États-Unis d'Amérique c. Sheppard*, [1977] 2 R.C.S. 1067. Cet arrêt a cependant été rendu avant l'application de la Charte mais il n'a jamais été infirmé ou modifié depuis.

exigences de certification prévues à la loi sont respectées. Selon la cour, la certification selon cette dernière méthode crée la présomption que la preuve est fiable et ce en raison des principes de courtoisie entre le Canada et l'État requérant. Il est intéressant de souligner que la certification signifie uniquement que l'État requérant donne sa parole que la preuve satisfait aux exigences énoncées à l'article 33(3) de la loi⁹⁵. Ce respect à l'égard des règles et procédures de l'État requérant est, dit-on, justifié également par la capacité du Canada de choisir ses partenaires en matière d'extradition⁹⁶. On accorde donc énormément de crédit à la parole du partenaire avec lequel le Canada transige. On présume donc de la bonne foi de ce dernier lorsqu'il déclare que la preuve sera disponible pour le procès et qu'elle a été recueillie selon les règles légales. On constate donc que les obligations internationales du Canada sont mises de l'avant comparativement au respect des droits de l'individu. En effet, en choisissant de ne demander aucune garantie autre, le Canada considère qu'il y a suffisance de preuve et que sans avoir eu audition, cette dernière est considérée fiable, alors que cela peut ne pas être le cas⁹⁷.

Nous sommes donc à même de constater que les tribunaux canadiens sont flexibles dans leur appréciation de la preuve, qu'il existe dans la loi des présomptions de fiabilité et que compte tenu des obligations internationales incombant au Canada, les

⁹⁵ Aux fins de commodité, nous reproduisons l'article 33(3) de la Loi.

(3) Le dossier n'est admissible en preuve que si:

a) dans le cas d'une extradition en vue d'un procès, une autorité judiciaire ou un poursuivant du partenaire certifie, d'une part, que les éléments de preuve résumés au dossier ou contenus dans celui-ci sont disponibles pour le procès et, d'autre part, que la preuve est suffisante pour justifier la poursuite en vertu du droit du partenaire, soit qu'elle a été recueillie conformément à ce droit;

b) dans le cas d'une extradition en vue d'infliger une peine à l'intéressé ou de la lui faire purger, l'autorité judiciaire, un fonctionnaire du système correctionnel ou un poursuivant du partenaire certifie que les documents au dossier sont exacts.

⁹⁶ *États-Unis c. Ferras*; *États-Unis c. Latty*, *supra* note 88 au para. 31.

⁹⁷ *États-Unis c. Ferras*; *États-Unis c. Latty*, *supra* note 88 au para. 32. La Cour note qu'«[i]l est vrai que la certification peut donner une indication générale de la fiabilité, étant donné que le Canada se fie à la bonne foi et à la diligence de ses partenaires, mais elle ne fait qu'attester le respect des règles de l'État requérant et n'écarte pas la possibilité d'une erreur ou d'une falsification»

tribunaux sont enclins à admettre des preuves et ce, même en l'absence d'indices particuliers de fiabilité ou de disponibilité. En effet, aucune forme ou qualité particulière de preuve n'est exigée pour l'extradition qui, de tout temps, se caractérise par sa souplesse et se déroule dans un esprit de respect et de courtoisie envers ses partenaires. Bien qu'il soit vrai que la certification puisse donner une indication de fiabilité de la preuve présentée, elle ne fait qu'attester le respect des règles de l'État requérant et en rien n'est écarté la possibilité que survienne une erreur. Le Canada doit donc se fier sur la bonne foi de ses partenaires et de ce fait présuppose la diligence de tous et chacun. Il en est ainsi afin de préserver les relations entre les divers États et de maintenir une harmonie inter étatique⁹⁸.

1.1.5.2 En matière d'entraide juridique en matière criminelle

En matière d'entraide judiciaire, chaque État doit désigner une autorité centrale aux fins de gestion des requêtes reçues ou envoyées. La nature de la fonction judiciaire sera différente selon que la requête provient du Canada ou lui est demandée. La loi est divisée en trois parties: la première partie contient les dispositions relatives aux procédures ou enquêtes étrangères en matière criminelle, la deuxième partie couvre l'admissibilité au Canada d'éléments de preuve obtenus à l'étranger en vertu d'un accord et finalement la troisième partie établit les règles relatives aux documents ou témoins lorsque le Canada fait une demande à un autre État. La requête d'assistance sera habituellement exécutée selon les standards des lois de l'État à qui la demande est adressée. Toutefois, cela peut occasionner plusieurs sources de friction, en ce que l'État qui reçoit la demande n'a pas toujours l'habileté ou le pouvoir de fournir la preuve faisant l'objet de la requête⁹⁹.

⁹⁸ Le juge pourra toutefois évaluer la conduite des officiers de l'État requérant et ce, toujours dans le but de s'assurer de l'équité du processus. Voir à ce sujet l'article 25 de la Loi et le fait que le juge d'extradition dispose des compétences d'un juge de la cour Supérieure.

⁹⁹ Prenons simplement l'exemple de l'exigence de la preuve qui avant d'être envoyée et ultérieurement admise en preuve, doit être assermentée. Ce concept est inconnu dans les États dits de droit civil.

Il y a eu également à titre de critiques, le fait que les requêtes d'assistance favorisaient plutôt le ministère public créant ainsi une inégalité avec la défense. En effet, habituellement la demande d'obtention et de découverte de preuve se fait entre les divers agents des gouvernements impliqués. Il devient alors plus difficile pour les représentants de la défense d'avoir accès à ces informations. Effectivement, les représentants du ministère public font normalement équipe avec des enquêteurs qui se rendent sur le terrain et ont accès ainsi à divers renseignements pertinents. La défense, elle, fait souvent cavalier seul et n'a pas l'opportunité d'avoir une équipe de professionnels qui traitent l'information recueillie, l'analysent.

De plus, par le biais des différents réseaux administratifs, le ministère public se trouve favorisé car ayant accès à différentes ressources qui ne sont pas mises à la disposition de la défense. La police locale ne peut jamais être forcée de chercher pour de la preuve exculpatrice, de même que les agents de police étrangers. La défense doit donc se rabattre sur des agences privées, créant ainsi une inégalité entre les parties. Il en est de même lorsque la défense veut obtenir de l'information détenue par divers gouvernements. Elle doit procéder via les lettres rogatoires¹⁰⁰ alors que la poursuite peut utiliser les traités conclus¹⁰¹ entre les divers États¹⁰².

¹⁰⁰ Les lettres rogatoires sont définitivement un processus beaucoup plus lent que les traités. En effet, on doit suivre plusieurs étapes avant d'arriver au résultat final; un juge prend connaissance de la requête, il y a par la suite un envoi au Ministre de la Justice, ensuite un envoi à l'ambassade appropriée par voie diplomatique, un autre envoi est fait au ministre de Affaires étrangères avec une note diplomatique, un autre envoi est donné au juge afin qu'il y ait exécution. Il peut également y avoir certaines demandes pour clarifications ce qui retarde encore considérablement le processus. Quelques fois, il peut survenir le cas que certaines lettres se perdent, de sorte que tout le procédé doit recommencer à nouveau.

¹⁰¹ Une différence notable entre les deux mécanismes est que par lettres rogatoires, il y a simplement les fonctions judiciaires d'impliquées. Les traités, eux, relèvent de la fonction exécutive.

¹⁰² Lyman Neale Robert, «Compulsory Process in Globalized Era: Defendant Access to Mutual Legal Assistance Treaties» (2006-2007) 47 Va. J. Int'l L. 261.

Certains États ont remédié à cette disparité entre les parties et ont inclus des dispositions dans leurs traités face aux possibles requêtes pouvant survenir de la part de la défense¹⁰³. Cependant, force est de constater que peu d'États ont des dispositions semblables dans leurs législations internes.

1.1.5.2.1 Admissibilité de la preuve obtenue à l'étranger: législation et jurisprudence

La partie II de la *Loi sur l'entraide judiciaire en matière criminelle* couvre l'admissibilité au Canada des éléments de preuve obtenus à l'étranger en vertu d'un accord passé entre les États.

Tout d'abord, à l'article 36 on indique que:

Les documents ou une copie de ceux-ci ainsi que les affidavits, certificats ou autres déclarations relatifs à ces documents et faits par la personne qui en a la garde ou qui en a connaissance, transmis au ministre par un État ou entité en conformité avec une demande canadienne, *ne sont pas inadmissibles en preuve dans des procédures qui relèvent de la compétence du Parlement du seul fait qu'ils contiennent un oui-dire ou expriment une opinion* [nos italiques]

On constate donc qu'il y a affaiblissement des standards relatifs à l'admissibilité de la preuve. Dans le droit pénal anglo-saxon, l'oui-dire n'est pas admis lors des procédures judiciaires. On ne peut donc rapporter les paroles de quelqu'un pour faire foi de son

¹⁰³ Voir à ce titre le cas de l'Australie et plus spécifiquement la section 39A (*Australia's Mutual Assistance in Criminal Law Matters Act 1987*) dans Robert J. Currie, *International and Transnational Criminal Law*, Toronto, Irwin Law, 2010 à la p. 484. En réponse aux critiques à l'effet qu'il y avait inégalité entre la situation de la défense et du ministère public, lors de la demande ou de l'accès à de l'information, l'Australie a instauré un mécanisme de collecte d'informations, lorsqu'il y a demande de la part de la défense. Les représentants du gouvernement doivent donc complaire dans la mesure du possible aux requêtes de leurs collègues et chercher à obtenir l'information, les renseignements demandés.

contenu. L'auteur des gestes ou paroles doit venir lui-même devant la cour pour témoigner de ce qu'il a vu ou entendu. Il existe bien entendu des exceptions pour lesquelles les tribunaux sont prêts à entendre une certaine preuve si elle satisfait aux critères de disponibilité et de fiabilité.

De même, les documents qui expriment une opinion sont habituellement proscrits. L'opinion doit être exprimée par un témoin expert qui, ayant une connaissance particulière sur la question, est autorisé donner son avis. L'article 36(2) de la loi mentionne que le juge des faits peut, afin de décider de la force probante d'un document, tirer de sa forme ou de son contenu toute conclusion qui lui apparaît fondée¹⁰⁴. Encore une fois, le juge peut faire cet exercice sans avoir au préalable eu audition à la cour et d'avoir ainsi procédé à évaluer la preuve du dossier.

L'article 38(1) se lit de la façon suivante:

Les affidavits, certificats ou déclarations mentionnés aux articles 36 ou 37 font foi de leur contenu, sauf preuve contraire, sans qu'il soit nécessaire de prouver l'authenticité de la signature qui y est apposée ou la qualité officielle du signataire.

On constate donc une présomption de fiabilité en ce que la preuve de l'authenticité n'est pas à faire devant le tribunal. De plus, ces documents font foi de leur contenu de sorte que leurs auteurs n'auront pas à venir à la cour et conséquemment n'auront pas à être interrogés et contre-interrogés à ce sujet. Il faut comprendre alors qu'une certaine preuve devient alors admissible alors qu'en temps habituel elle ne le serait pas. Est-ce

¹⁰⁴ L'article 36(2) se lit ainsi: Le juge des faits peut, afin de décider de la force probante d'un document - ou de sa copie - admis en preuve en vertu de la présente loi, procéder à son examen ou recevoir une déposition verbale, un affidavit ou un certificat ou autre déclaration portant sur le document, fait, selon le signataire, conformément aux lois de l'État ou entité, qu'il soit fait en la forme d'un affidavit rempli devant un agent de l'État ou entité ou non, y compris une déposition quant aux circonstances de la rédaction, de l'enregistrement, de la mise en mémoire ou de la reproduction des renseignements contenus dans le document ou la copie, et tirer de sa forme ou de son contenu toute conclusion fondée.

dire que par souci de courtoisie ou pour complaire à nos obligations internationales, les tribunaux font preuve de plus de laxisme pour l'obtention d'une preuve qui sinon serait jugée contraire aux règles de preuve habituelles en la matière?

La décision *Guilbride*¹⁰⁵ reprend les enseignements de la Cour suprême relativement à la preuve obtenue à l'étranger et à la conformité de l'article 7 de la *Charte*.

Les faits en sont les suivants: la Gendarmerie Royale du Canada, à Vancouver, suspectait un individu d'aller chercher à l'étranger une importante cargaison de haschich, par bateau, et d'en faire son importation par la suite au Canada. Plusieurs bureaux de liaison de la GRC en Europe ont alors été avisés et une série de communications et d'échange d'informations a alors eu lieu. Lorsque le bateau accosta en Grèce, les autorités présentes ont cherché pour des narcotiques. Aucun stupéfiant n'a été trouvé sur le bateau. La GRC a alors demandé, par le biais d'un mandat délivré par les autorités canadiennes¹⁰⁶, l'installation d'un satellite visant à surveiller les déplacements du bateau et d'en contrôler ainsi les activités¹⁰⁷ afin de vérifier si certaines transactions pouvaient avoir lieu. Ce satellite a permis ultérieurement l'arrestation de l'équipage pour des accusations relatives à des stupéfiants.

¹⁰⁵ *R. c. Guilbride*, [2003] B.C.J. No. 389, 2003 BCPC 44. Bien qu'il n'existe pas de test précis visant à régir l'admissibilité de la preuve obtenue à l'étranger, la cour a tenté d'établir deux séries de facteurs pouvant être utilisées à titre de guide.

¹⁰⁶ La cour arrivera à la conclusion (paragraphe 15) que le mandat obtenu l'a été sous le couvert d'informations erronées. Effectivement, il n'a jamais été indiqué que le bateau ne retournerait pas sur le territoire canadien, auquel cas le Canada aurait juridiction immédiate et ce, dans le délai de 6 jours suivant la délivrance du mandat. De plus, le juge de paix n'a jamais été avisé que le mandat servait plus de preuve d'agissements de bonne foi de la part des agents canadiens.

¹⁰⁷ Une requête a été préparée en conformité du traité d'entraide juridique en matière criminelle. Cependant, il aurait dû y avoir une collaboration inter étatique, en vertu de la *Convention contre le trafic illicite de stupéfiants et de substances psychotropes*, 20 décembre 1988, 1582 R.T.N.U. 95, ce qui ne fut pas le cas.

La question que devait se poser la cour était la suivante: est-ce que la conduite des policiers canadiens et grecs, lors de l'opération conjointe visant à installer le satellite à bord du bateau et ce, en contravention des standards de la loi domestique grecque fait en sorte que la preuve collectée devient inadmissible lors d'un procès ultérieurement tenu au Canada?

La défense a soumis que la preuve dérivée, soit la preuve obtenue par l'utilisation du satellite, violerait les principes de justices fondamentales. Les agents de police canadiens et grecs n'ont pas respecté la loi domestique lors de l'installation du satellite, constituant ainsi un abus de procédures et rendant inadmissible la preuve recueillie. De plus, l'émission du mandat visant à l'installation du satellite avait été obtenue sous de fausses prémisses.

Pour sa part, le ministère public indique que la preuve recueillie suite à l'installation dudit satellite est hautement pertinente et fiable. L'admission de cette preuve ne serait pas contraire aux principes de justice fondamentale et la non-conformité à la loi domestique n'est pas fatale à l'admissibilité des éléments de preuve. Il ajoute que les agents de police canadiens se sont fiés à leurs collègues grecs afin de s'assurer de la conformité de l'opération et que ce faisant, ils ont agi en toute bonne foi.

La cour indique qu'il n'y a pas encore eu de test visant à déterminer l'admissibilité de la preuve collectée à l'étranger dans des circonstances où la *Charte* n'est pas appliquée à des activités des agents de la police canadiens enquêtant conjointement à l'étranger. La cour reprend un passage de la cause *Thomson*¹⁰⁸

On the other hand, Canada is not bound by the law of other countries in conducting trials in this country. We must, in determining whether evidence should be admitted into evidence, be guided by our sense of fairness as

¹⁰⁸ *Thomson Newspapers Ltd. c. Canada* (1990), 54 C.C.C. (3d) 417.

informed by the underlying principles of our own legal system as it applies to the specific context of the case. The fact that the evidence was obtained in another country in accordance with the law of that country may be a factor in assessing fairness. Its legality at the place in question will necessarily affect all participants, including the police and the individual accused. More specifically, conformity with the law of a country with a legal system similar to our own has even more weight, for we know that a number of different balances between conflicting principles can be fair.

La cour a donc relevé différents facteurs, provenant de la jurisprudence, afin d'évaluer le potentiel d'inéquité du procès dans des circonstances où la *Charte* ne trouve pas application:

- «The nature of the evidence, including whether it is conscriptive or non-conscriptive»;
- «Whether the evidence collected and the methods employed have resulted in reliable, non-tainted evidence»;
- «The involvement of Canadian law enforcement officers in its collection, including issues of good and bad faith»;
- «Whether foreign and/or Canadian police activities were oppressive or abusive in nature»;
- «Whether the evidence was collected in an unfair manner»;
- «Whether other aspects of the investigation exacerbate or minimize the alleged unfairness»;
- «The probative value to be attached to the evidence»;
- «The degree of similarity between the legal system in the foreign country and the Canadian legal system».

Une seconde liste de facteurs a également été élaborée en regard de la façon dont l'admissibilité des éléments de preuve collectés à l'étranger doit être déterminée lorsque les conditions de la loi domestique étrangère ne sont pas rencontrées:

- «The nature and extent of the non-compliance with the law of the foreign state»;
- «Whether the violations of foreign law were criminal or penal in nature»;
- «The efforts made by the Canadian law enforcement officials to ensure that foreign requirements were met»;
- «The activities of the Canadian police to address irregularities in non-compliance with the foreign law»;
- «Whether the same kind of legal non-compliance, if it occurred in Canada, would be likely to render the evidence inadmissible in the context of *Charter* violation and an analysis pursuant to section 24(2)».

La question principale à laquelle la cour devait répondre demeurerait de savoir si en admettant la preuve dérivée, le procès devenait inéquitable. La cour indique qu'elle doit considérer la nature de la preuve et sa fiabilité. Le fait qu'elle n'émane pas de l'accusé est un des facteurs à prendre en considération. Elle considère également les actions des agents de police canadiens impliqués dans cette collecte de preuve. Ici, il n'y a pas eu de conduite abusive de la part des agents de la GRC. Malgré qu'un traité existait entre le Canada et la Grèce et qu'il y aurait pu y avoir application, les autorités canadiennes ont préféré opter pour une forme de coopération moins formelle et on ne peut leur en tenir rigueur.

La cour indique qu'elle prend en considération à titre de facteurs pertinents, au niveau de l'admissibilité de la collecte de preuve obtenue à l'étranger, le degré de similarité entre le système légal canadien et celui de l'étranger¹⁰⁹. Dans le cas présent, elle

¹⁰⁹ Nous nous questionnons sur le point suivant: Lorsque les juges font l'analyse à savoir quelle sera la durée de la peine au quelle les accusés feront face dans leurs pays respectifs, ne font-ils pas un exercice qu'ils s'empêchent de faire lorsqu'ils examinent le système de justice étranger? Cette analyse ne devrait-elle pas avoir lieu parce que nous sommes en train de juger un crime par d'autres standards que les nôtres? De plus, il ne faut jamais oublier que c'est une estimation. Ce quantum pourra

conclut que les deux systèmes judiciaires apparaissent assurer un balancier entre la protection conférée aux droits et libertés individuelles et les intérêts de l'État. Donc, elle en arrive à la conclusion que l'installation du satellite et la preuve ultérieurement recueillie ne rendent pas le procès injuste et ne violent pas de ce fait les principes de justice fondamentale¹¹⁰. Lorsqu' au procès, le ministère public dépose en preuve un élément recueilli à l'étranger, les droits constitutionnels régissant la procédure judiciaire au Canada font en sorte qu'un juste équilibre soit établi et que les droits d'un accusé ayant fait l'objet d'une enquête à l'étranger soient dûment pris en considération.

On constate donc que malgré que la loi domestique n'ait pas été respectée et que la preuve dérivée s'en trouvait affectée, la cour a préféré l'admission plutôt que l'exclusion de cette preuve. L'objectif de cette coopération initiale était de procéder à l'arrestation d'individus suspectés de s'adonner au trafic de stupéfiants, crime qui commande la dénonciation et dissuasion de la part de la société. Il est bien certain que les objectifs de coopération s'en trouveraient grandement affaiblis si la cour était parvenue à une conclusion contraire. Elle a préféré avaliser le comportement des agents de police canadiens et grecs, dont notamment l'émission du mandat obtenu sous le couvert d'informations erronées, et ne pas contrevenir aux obligations internationales du Canada et favoriser ainsi sa participation à d'autres enquêtes conjointes visant à restreindre la criminalité et ce au détriment des droits de l'accusé.

effectivement varier en fonction de plusieurs facteurs jugés aggravants ou atténuants, selon le cas de l'espèce.

¹¹⁰ Il existe toujours un recours en vertu des articles 7 et 11d) de la *Charte*, lors d'un procès au Canada, afin de contester l'admissibilité des éléments de preuve recueillis à l'étranger.

1.1.5.2.2 Admissibilité de la preuve destinée à l'étranger: législation et jurisprudence

La *Loi sur l'entraide juridique en matière criminelle* contient certaines dispositions législatives concernant l'admissibilité de la preuve destinée à l'étranger¹¹¹. La première partie de la loi est consacrée aux procédures ou enquêtes étrangères en matière criminelle. Le ministre doit fournir à l'autorité compétente les documents ou renseignements nécessaires pour lui permettre de présenter une requête à cet effet¹¹².

Un individu peut refuser d'obtempérer à cette ordonnance d'obtention d'éléments de preuve ou de répondre à une question. Le juge pourra alors, après avoir déterminé la validité des motifs de refus fondés sur le droit canadien en matière de communication et de protection des renseignements, ordonner à la personne visée par l'ordonnance de communiquer ou de répondre aux renseignements demandés¹¹³.

¹¹¹ Le juge peut, en vertu de l'article 18(1) de la loi, rendre une ordonnance d'obtention d'éléments de preuve s'il est convaincu qu'il existe des motifs raisonnables de croire:

- a) qu'une infraction a été commise
- b) que des éléments de preuve de l'infraction ou des renseignements susceptibles de révéler le lieu où se trouve une personne soupçonnée de l'avoir commise seront trouvés au Canada.

L'article 18(2) de la loi régit les modalités de l'ordonnance.

¹¹² Article 17(1): Le ministre, s'il autorise la demande présentée par un État ou entité en vue d'obtenir, par l'ordonnance d'un juge, des éléments de preuve à l'égard d'une infraction, fournit à une autorité compétente les documents ou renseignements nécessaires pour lui permettre de présenter une requête à cet effet.

¹¹³ Article 19(3): Le juge qui reçoit le rapport détermine la validité des motifs de refus fondés sur le droit canadien en matière de non-communication et de protection des renseignements; s'il les rejette, il ordonne à la personne visée par l'ordonnance d'obtention des éléments de preuve de répondre aux questions auxquelles elle avait refusé de répondre ou, selon le cas, de remettre les objets ou documents qu'elle avait refusé de remettre; s'il les accepte, il fait mention de cette décision dans l'ordonnance de transmission qu'il rend en vertu de l'article 20.

La délivrance¹¹⁴ et l'exécution des mandats de perquisition sont gouvernées par les articles 10 à 14 de la loi. Dès le départ, il est important de souligner deux points soit que le *Code criminel*¹¹⁵ s'applique, avec les adaptations nécessaires, aux perquisitions, fouilles ou saisies visées par la loi, sauf incompatibilité avec celle-ci¹¹⁶, et que le Ministère public peut avoir accès non seulement aux mandats de perquisition en vertu de l'article 487 du *Code criminel* mais aussi aux mandats généraux prévus à l'article 487.1 du *Code criminel*.

Bien que le juge doive examiner toutes les circonstances entourant l'exécution du mandat dont celles des violations de la *Charte*, il doit aussi se pencher sur le besoin qu'a le Canada de rencontrer ses obligations internationales. Nous constatons, par nos lectures, une grande discrétion de la part des tribunaux, dans leurs décisions d'envoyer la preuve à l'étranger, suite à l'exécution du mandat. En effet, nous remarquons une tendance de la part des tribunaux à mettre de côté les droits humains fondamentaux au profit de la coopération internationale¹¹⁷. Bien souvent, il arrive dès lors que la preuve saisie sera envoyée à l'étranger et il n'y aura donc, bien entendu,

¹¹⁴ L'article 12 est relatif à la délivrance du mandat de perquisition.

12(1). Le juge saisi de la requête peut délivrer un mandat de perquisition autorisant l'agent de la paix qui y est désigné à l'exécuter en tout lieu de la province s'il est convaincu par les déclarations faites sous serment qu'il existe des motifs raisonnables de croire, à la fois :

- a) qu'une infraction a été commise;
- b) que des éléments de preuve de l'infraction ou des renseignements susceptibles de révéler le lieu où se trouve une personne soupçonnée de l'avoir commise seront trouvés dans un bâtiment, contenant ou lieu situé dans la province;
- c) qu'il ne serait pas opportun, dans les circonstances, de recourir à une ordonnance d'obtention d'éléments de preuve.

¹¹⁵ *Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46.

¹¹⁶ Art. 10 de la Loi.

¹¹⁷ Pourtant, tous les traités en matière d'entraide judiciaire en matière pénale ont une disposition qui indique que toute la recherche de preuve doit l'être en accord avec la loi domestique. La cause de principe étant *Ontario Commissioner of Competition c. Falconbridge Ltd*, (2003) S.C.C.A. No 302 où l'on trouvait plusieurs défaillances dans les mandats dont notamment on ne retrouvait pas la description de l'infraction criminelle reprochée, de même que les motifs au soutien de l'obtention des mandats. Cependant, la cour a décidé que malgré des irrégularités, le Canada devait comblaire à ses obligations internationales et donc d'offrir sa coopération.

aucun procès tenu au Canada. C'est en vertu de l'article 15 de la loi¹¹⁸ qu'il pourra y avoir des représentations en regard de la validité du mandat de perquisition.

La Couronne doit démontrer que le mandat a été exécuté correctement et que la preuve doit être envoyée à l'étranger. Le ministre de la Justice¹¹⁹ peut faire des représentations. Il devient tributaire de la décision finale mettant ainsi quelquefois en péril les droits de l'individu au profit de ceux de l'État. Cette décision somme toute finale devient alors une décision de nature politique. Bien entendu, il est clair que le ministre, membre du gouvernement, favorisera les obligations internationales du Canada.

Prenons l'exemple de la décision *Budd*¹²⁰. En janvier 1995, les États-Unis ont formulé une requête d'assistance au Canada afin d'enquêter M. Budd et de saisir le disque dur de son ordinateur. L'information ultérieurement obtenue fut par la suite partagée entre le Canada, les États-Unis et la Grande-Bretagne.

Lors de l'audition devant les tribunaux, le procureur général a admis avoir utilisé un faux prétexte afin de conduire une enquête criminelle de concert avec les États-Unis. La cour a tout de même conclu que malgré que du matériel avait été saisi alors qu'il n'aurait pas dû l'être, les informations préliminaires étaient suffisantes pour établir l'existence de motifs justifiant la fouille et que, malgré que certains droits garantis par la *Charte* aient été brimés, les mandats ne deviennent pas automatiquement caducs.

¹¹⁸ Article 15(1): Le juge qui a délivré le mandat ou un autre juge du même tribunal peut, à l'audition visée à l'article 12, après avoir entendu les observations du ministre, de l'autorité compétente, du saisi et de toute autre personne qui prétend avoir des droits sur les objets ou documents saisis:

¹¹⁹ Le Ministère participe, pour le compte du ministre de la Justice, aux négociations des traités d'extradition et d'entraide juridique. Le ministre approuve les traités et veille au respect des obligations incombant au Canada aux termes de ces traités. Qu'il s'agisse d'un traité d'extradition ou d'entraide juridique, le ministre est l'« autorité centrale » qui reçoit les demandes de la part des États étrangers et présente les demandes du Canada auprès de ceux-ci.

¹²⁰ *R. c. Budd* (2000), 15 C.C.C. (3d) 108 (Ont.CA).

Le juge Rosenberg ira même jusqu'à indiquer dans sa décision que même la commission de fraude dans l'obtention d'un mandat ne l'invalide pas automatiquement¹²¹. Il reprend un passage clé de l'arrêt *Dynar*¹²² :

Thus, when the judge decides whether or not to send the seized materials to the requesting states at the hearing under s.15 of the Act, the judge may consider the conduct of the Canadian authorities in obtaining the material used to support the information. It will be for the judge at the s.15 hearing to decide whether an order should be made sending the material to the requesting states in view of the conduct of the Canadian authorities and the alleged Charter violations. *In making that determination, the judge will also take into consideration the needs to ensure that Canada's international obligations are honoured and to foster cooperation between investigative authorities in different jurisdictions.* [nos italiques]

Force est de constater que la cour est prête à valider les mandats malgré qu'il y ait des irrégularités à leur face même et ce au profit de la coopération internationale¹²³. Nous croyons que le tribunal ne devrait pas avaliser ce genre d'irrégularités et encore moins se justifier en affirmant que le Canada se doit d'honorer ses obligations sur la scène internationale en premier lieu.

La cause *El-Jabsheh*¹²⁴ va dans le même sens: ici, les États-Unis avaient fait une demande afin d'obtenir la saisie de certains documents relatifs à une entreprise de télémarketing située en Colombie-Britannique. Cependant, lors de la demande d'assistance, l'approbation du ministre, à titre de documents annexés, avait été oubliée. Le juge a conclu qu'il n'était pas nécessaire de faire la preuve que l'approbation du ministre avait été obtenue pour l'obtention du mandat de perquisition

¹²¹ *R. c. Harrer*, *supra* note 16 au para. 21.

¹²² *R. c. Budd*, *supra* note 120 au para.28, *United States of America c. Dynar* (1997), 115 C.C.C. (3d) 481(S.C.C.)

¹²³ *Alberta c. Dawson*, [1999] A.J. No.1332 (CA).

¹²⁴ *United States c. El-Jabsheh*, [2002] B.C.J. No. 1349.

et que seules les conditions statutaires devaient être remplies¹²⁵. Donc, même si le mandat ou son exécution devient constitutionnellement invalide dans la loi domestique, le juge possède une grande discrétion pour tout de même envoyer la preuve à l'étranger. Nous pouvons donc affirmer que lorsque les cours appliquent le régime domestique aux mandats de perquisition, l'aspect international de coopération fait en sorte que l'approche est plus souple et devient plus tolérée que si nous nous trouvions dans une cause purement domestique.

Voilà qui est troublant, parce qu'il n'y a aucun droit constitutionnel qui protégerait l'envoi de cette preuve sous le couvert de l'importance de l'entraide judiciaire en matière criminelle. Bien souvent, aucune accusation criminelle n'est portée et les requêtes d'assistance visent plutôt à collecter de la preuve en vue d'une poursuite ultérieure. Nous nous questionnons ainsi sur un point: les requêtes d'assistance étant quasi toujours formulées lors du processus d'enquête, lors de la recherche de preuve, qu'arriverait-il si un individu, parce que ses droits constitutionnels étaient brimés, voudrait formuler une requête en vertu de la *Charte*? Devrait-il alors employer l'article général applicable soit l'article 7 qui protège l'autonomie et les droits juridiques personnels d'un individu contre les actions du gouvernement? Nous croyons que cette disposition de la *Charte* fournit à la fois des droits procéduraux et substantiels à l'individu et son application dépasse de loin la simple protection du droit à un traitement équitable devant la loi. Il existe trois types de protection dans cet article, spécifiquement: le droit à la vie, à la liberté, et à la sécurité de la personne. Nous pouvons argumenter que ces droits se trouvent brimés par cet échange d'informations et que l'article 7 pourrait permettre à l'individu de contester l'envoi de preuve à l'étranger.

¹²⁵ *United States c. El-Jabsheh*, *supra* note 124.

À cause de la place intermédiaire du droit d'extradition entre le droit international et le droit national, il est plus facile de déterminer les garanties des droits et libertés de l'individu. Dans la plupart des cas, les violations des droits de l'homme n'ont pas lieu dans le pays extradant mais bien le pays recevant. Bien que les traités conclus pour l'échange de preuve en matière pénale aient moins d'implications et soient moins intrusifs sur la liberté de la personne, comparativement aux traités sur l'extradition, il en demeure pas moins que l'échange d'informations soulève d'importantes questions et implications en matière de droits humains¹²⁶. Cela demande l'évaluation et l'efficacité de ce mécanisme d'entraide inter étatique et la conception des droits de l'homme qu'a chaque État dans cette coopération.

Cependant jusqu'à maintenant, la situation ne s'est pas produite, c'est-à-dire celle où une personne sous enquête demanderait à la cour de refuser d'envoyer la preuve au motif que cela résulterait sur une violation potentielle de ses droits humains. Nous croyons que cela est dû au fait que les requêtes d'entraide surviennent habituellement avant que l'individu ne soit poursuivi et qu'il arrive aussi que l'individu visé ne soit pas au courant de cet échange de renseignements. Cependant, quels seraient alors les pouvoirs du juge à qui une telle requête de contestation au niveau de l'envoi de renseignements est formulée? Nous croyons que cela reviendrait au juge-réviseur de considérer les violations possibles à la *Charte canadienne* et que ses pouvoirs seraient ceux définis à l'article 15 de la Loi¹²⁷.

De plus, il faut comprendre que dans cette situation invoquée, il devient aussi difficile de démontrer pour l'individu que, par exemple, il pourrait faire face à la peine capitale ou être soumis à des mauvais traitements si le Canada décidait d'offrir sa coopération.

¹²⁶ Robert J. Currie, «Human Rights and International Mutual Legal Assistance: Resolving the Tension» (2000) 11:2 *Crim. L.F.* 143.

¹²⁷ C'est du moins ce que semble exprimer la décision *R. c. Budd*, *supra* note 120 au para. 26, où il est indiqué que ce serait au juge-réviseur, en vertu de l'article 15 de la *Loi sur l'entraide judiciaire en matière criminelle*, de considérer les violations possibles à la Charte.

En effet, cette situation est pour le moins hypothétique et il serait ardu pour les tribunaux de juger une situation qui ne s'est pas encore produite et ce faisant qualifier un préjudice qui n'est pas encore actualisé. Cependant, il pourrait arriver très prochainement que le Canada doive se pencher sur la question. En effet, avec le phénomène de la mondialisation, le Canada pourrait être appelé à offrir ou à demander son assistance à certains États dont les standards en matière de protection des droits humains demeurent différents des nôtres¹²⁸. Nous nous questionnons à savoir si, à ce moment, le Canada, à qui on demande ou offre de l'assistance, doit respecter les droits humains d'un canadien qui n'est pas physiquement dans sa juridiction?

Faisons un bref parallèle avec la décision de la Cour suprême dans l'arrêt *Schreiber*¹²⁹. La Cour a déclaré que compte tenu que l'individu n'était plus dans la juridiction du Canada, elle n'avait plus de protection à lui accorder. Cependant, cette protection était relative aux droits garantis par la *Charte* et non pas aux droits humains universels. Tous les pays étant tenus de respecter l'interdiction inconditionnelle de toutes les formes de torture et de mauvais traitements, nous croyons que le Canada devrait refuser sa coopération avec un État qui ne respecte pas les droits de l'Homme et devrait également s'abstenir de demander de l'assistance à un État ne respectant pas ces mêmes droits. En effet, comment pourra-t-il s'assurer par la suite que les renseignements obtenus l'ont été selon les règles usuelles et légales et non pas par le biais de procédés douteux allant ainsi à l'encontre de ses engagements sur la scène internationale?

Encore une fois, l'équilibre à atteindre entre les droits des individus et la coopération internationale demeure difficile. Bien trop souvent, tel que constaté précédemment les

¹²⁸ On ne peut nier que les décisions du gouvernement canadien de renvoyer un fugitif à l'étranger, en matière d'extradition, et qu'il soit soumis à des traitements cruels, engendre la responsabilité du Canada sur le plan international à l'effet qu'il brime ses obligations en regard des droits humains.

¹²⁹ *Schreiber c. Canada (Procureur général)*, *supra* note 18.

droits des individus cèdent le pas aux objectifs de suppression de la criminalité et à nos engagements envers la communauté internationale.

1.2 La pratique du Canada en matière de coopération internationale

En matière de coopération internationale, les demandes d'assistance des États sont en principe transmises par voie diplomatique. Ce mode d'acheminement correspond, selon nous, à une conception dépassée de la souveraineté et des relations internationales. Il présente en outre un risque d'enlisement de la procédure¹³⁰. Outre cet aspect, cette façon de faire peut donner lieu à des abus et à un moindre contrôle de la part des autorités. Effectivement, n'étant soumis à aucune forme de supervision judiciaire, il devient ainsi plus facile de passer outre aux droits des individus. En effet, les standards des États n'étant pas uniformes, il se peut qu'il y ait disparité entre le droit de l'État requérant et celui de l'État requis pouvant ainsi créer plusieurs problèmes.

1.2.1 Organismes de coopération

La coopération internationale met en jeu par définition les relations inter étatiques. Aussi, c'est une des tendances modernes de la coopération policière que de permettre, dans certains cas précis, la transmission directe des demandes par le truchement d'Interpol ou d'une autorité centrale, voire directement de l'autorité de poursuite de l'État requérant à l'autorité d'exécution de l'État requis¹³¹.

¹³⁰ Prenons par exemple le cas des renseignements ou des documents remis à un ministère étranger qui, lui, tarde pour diverses raisons à les faire parvenir à ses propres autorités de poursuite pénale.

¹³¹ Il faut faire distinction avec le *Protocole concernant les enquêteurs criminels étrangers au Canada* qui fait état des exigences en matière d'avis et d'autorisation régissant l'entrée et la surveillance d'enquêteurs criminels étrangers qui souhaitent y poursuivre une enquête criminelle au Canada. «Le présent protocole s'applique à toutes les enquêtes criminelles étrangères menées au Canada par des enquêteurs criminels étrangers à l'exception des activités qui sont déjà régies par des exigences en

1.2.1.1 Institution internationale : INTERPOL

Créé en 1923, INTERPOL¹³², *l'International Criminal Police Organization* est, avec ses 187 pays membres, la plus importante organisation policière internationale au monde. Elle réunit non pas des États mais bien des services de police désignés par les États. Elle facilite la coopération transfrontalière entre les services de police, et apporte appui et assistance à tous les services, organisations et autorités ayant pour mission de prévenir et de combattre la criminalité¹³³.

Interpol se divise en trois parties¹³⁴ : l'assemblée générale, le comité exécutif et le secrétaire général.

matière d'avis et d'autorisation établis en vertu d'autres accords bilatéraux ou multilatéraux conclus entre le gouvernement du Canada et celui d'un État souverain ou leurs ministères et organismes nationaux respectifs». Voir Gendarmerie Royale du Canada, «Protocole concernant les enquêteurs criminels étrangers au Canada» (15 février 2007), en ligne : GRC <<http://www.rcmp-grc.gc.ca/interpol/fcip-pcece-fra.htm>>. Le Protocole est une mesure de protection utilisée par défaut lorsque aucun autre processus n'existe. Conséquemment, lorsque des mécanismes valables sont en place, ce sont les processus de notification et d'approbation qu'ils comprennent, et non ceux du Protocole, qui s'appliquent. Il est donc plus un outil administratif, technique mis en place afin d'aider le processus d'échange d'informations entre les divers intervenants dont particulièrement les enquêteurs. Il importe de réitérer que le Protocole ne modifie pas les autres ententes convenues entre le Canada et celui d'un État souverain ou leurs ministères et organismes respectifs et qu'il n'a pas préséance sur ces ententes dans la mesure où ces dernières contiennent des exigences en matière d'avis et d'approbation.

¹³² Cette organisation tire son origine dans le premier congrès international de police judiciaire tenu à Monaco en 1914. Plusieurs policiers, juristes et magistrats se sont alors réunis afin de discuter des possibilités de simplifier et accélérer la recherche des suspects, harmoniser les procédures d'extradition, améliorer les méthodes d'identification et finalement centraliser les informations concernant les criminels internationaux. Voir Marc Alain, « Transnational Police Cooperation in Europe and in North America: Revisiting the Traditional Border Between Internal and External Security Matters, or How Policing is Being Globalized », *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, Vol. 9/2, 113–129, 2001.

¹³³ Interpol n'exerce elle-même aucune fonction de police proprement dite : elle n'a pas d'enquêteurs propres à compétence internationale et tous les actes de coopération policière internationale sont accomplis par des policiers nationaux agissant sur leur propre territoire et dans le cadre de leur législation.

¹³⁴ Informations tirées du site Internet <<http://www.interpol.int/>>.

En pratique, la vaste majorité du travail d'Interpol se fait par les différents bureaux établis à travers les différents pays faisant partie de l'organisation. Ils sont nommés comme étant Bureau Central National (BCN). Effectivement, compte tenu que certains pays possèdent plus d'un service de police, que quelquefois les structures sont larges et complexes (juridictions, langues), l'établissement d'un Bureau Central National, à titre de point de référence pour les requêtes internationales, aide à réduire les difficultés qui pourraient survenir. L'exemple du Canada illustre bien cette affirmation¹³⁵.

Le BCN est l'interlocuteur désigné du Secrétariat général, des bureaux régionaux et des autres pays membres qui nécessitent une assistance pour leurs enquêtes à l'étranger ainsi que pour la localisation et l'arrestation de malfaiteurs en fuite. Le Bureau Central National sert donc d'intermédiaire entre les pays étrangers et les unités des pays. Il est à noter que ce bureau n'empêche pas les contacts directs entre les autorités policières. C'est notamment le cas lorsque ces dernières veulent procéder de manière informelle ou simplement nouer un contact avant de faire leurs requêtes d'assistance ou d'extradition en bonne et due forme.

Interpol a défini quatre fonctions essentielles¹³⁶ sur lesquelles se concentrent ses activités et ses ressources dont notamment un système mondial de communication

¹³⁵ Interpol est représenté dans chaque pays membres par un bureau national. Interpol Ottawa représente les intérêts d'Interpol au Canada. Le Canada a adhéré à Interpol en 1949. Interpol Ottawa est le principal relais pour tous les services de police canadiens (autant au niveau du municipal, que du provincial, fédéral) qui doivent obtenir de l'aide à l'extérieur du Canada dans des affaires criminelles. Il coordonne également toutes les demandes internationales d'assistance auprès des organismes policiers compétents du Canada. Interpol Ottawa répond à toute requête pour entraide judiciaire pouvant provenir des 187 pays membres de l'organisation que constitue Interpol. Interpol Ottawa se veut la porte d'entrée pour toutes les demandes d'assistance en matière criminelle. D'autres tâches sont également dévolues à ce bureau : il poursuit des enquêtes criminelles à l'étranger, il établit des contacts rapides avec des agences de police étrangères ou des officiers de liaison postés à l'extérieur du pays, il transmet des requêtes pour informations requises par d'autres bureaux centraux.

¹³⁶ On retrouve à titre de services ceux en matière de communication policière mondiale sécurisée, en matière de données et de bases de données opérationnelles aux fins du travail de police ainsi qu'en matière d'appui opérationnel de police.

policière¹³⁷. Le Canada peut compter sur Interpol pour coordonner et assurer l'aide qui permet de retracer, de déporter et d'extrader les fugitifs étrangers en sol canadien ainsi que les fugitifs canadiens à l'étranger. Interpol ne mène pas d'enquêtes criminelles, mais facilite la coopération transfrontalière entre les services de police et ce, même si des relations diplomatiques sont encore inexistantes entre ces pays.

1.2.1.2 Rôle d'Interpol plus spécifiquement en matière d'extradition

Toujours en ayant en tête l'objectif de restreindre la criminalité, Interpol participe à l'entraide internationale en matière répressive. À ce titre, l'organisation permet la coopération des États membres dans la recherche d'individus en vue de leur extradition. Cette coopération par le canal d'Interpol est mise en œuvre au stade de la pré-extradition, c'est-à-dire lors de la phase préalable à la demande formelle d'extradition, laquelle ne commence qu'avec l'envoi par la voie diplomatique de la demande formelle d'extradition accompagnée de toutes les pièces nécessaires, ce qui peut parfois prendre plusieurs jours¹³⁸.

La phase de localisation et celle de l'arrestation d'individus recherchés est réalisée avant que la procédure d'extradition n'ait pu être mise en œuvre. Elle vise à immobiliser un individu recherché par les autorités policières et à l'empêcher de s'enfuir. Cette procédure de pré-extradition est conditionnée par les pouvoirs que confère la loi nationale à la police en matière d'extradition¹³⁹. Les avis de recherche

¹³⁷ Ce système permet aux policiers de l'ensemble de ses pays membres de demander, de transmettre des informations et d'accéder à de telles informations telles des demandes d'empreintes digitales, de profils génétiques de façon instantanée. Le Canada a été le premier pays à se connecter à cette base de données.

¹³⁸ Voir généralement Krivel et Beveridge, *supra* note 48.

¹³⁹ L'utilisation du canal d'Interpol dans ce contexte se fait généralement comme suit: Demande de diffusion internationale d'un mandat d'arrêt délivré par un tribunal; Diffusion d'un avis de recherche par le réseau Interpol aux Bureaux nationaux centraux ou transmission au Secrétariat général par le Bureau national central d'une demande de notice rouge publiée ensuite à l'ensemble des Bureaux nationaux centraux après examen et contrôle par le Secrétariat général ; Diffusion, par les Bureaux

par le canal d'Interpol peuvent être accompagnés de demandes d'arrestation provisoire¹⁴⁰. Cependant, pour qu'un tribunal donne droit à une demande d'arrestation provisoire, il faut que celle-ci obéisse à des conditions de forme et de fond précisées dans des conventions internationales spécialisées ou des traités bilatéraux dont notamment des éléments permettant l'identification du fugitif, des éléments d'ordre juridique relatifs au crime commis et la référence à un mandat d'arrestation émis valablement ou à une décision de culpabilité imposée par un tribunal.

1.2.2 Modes de coopération internationale: judiciaire, policière

Généralement, la collaboration judiciaire officielle constitue la touche finale de ce qui a commencé de manière policière et non officielle. En effet, même si un agent de

nationaux centraux, de la notice rouge ou de l'avis de recherche; En cas de localisation, le service de police prévient le Bureau national central et prend les mesures qu'il est habilité à mettre en œuvre (contrôle, identification, détention, interrogatoire) ; Le Bureau national central de l'État où a été localisé l'individu avertit le Secrétariat général ainsi que le Bureau national central qui a formulé la demande. Cette mécanique demeure également celle utilisée lorsque le Canada est impliqué. Il est pertinent de mentionner qu'une fois la localisation de l'individu, le BNC prend les mesures relatives à la détention et aux interrogatoires. En matière des droits de l'individu, cette phase demeure cruciale et peut donner lieu à des frictions sur le respect à accorder aux droits. Voir: <http://www.rcmp-grc.gc.ca>.

¹⁴⁰ Une majorité de ces États-membres d'Interpol, dont le Canada, reconnaissent à la notice rouge la valeur de demande d'arrestation provisoire, notamment lorsque l'État requis est lié à l'État requérant par un traité bilatéral ou une convention d'extradition, et particulièrement dans le cas où un texte juridique relatif à l'extradition (législation nationale, traité ou convention) prévoirait le recours à Interpol pour la transmission d'une telle demande. Pour l'État requérant, la reconnaissance par l'État requis de la valeur juridique de la notice rouge est l'assurance que l'individu, une fois localisé, sera placé en détention provisoire, que son arrestation provisoire lui sera notifiée et que la procédure d'extradition pourra être engagée. Le fait de reconnaître à la notice rouge la valeur d'une demande d'arrestation provisoire simplifie et accélère en fait la procédure d'extradition. En effet, prenons l'exemple qu'un fugitif a été localisé suite à un avis de recherche émis par Interpol. Une fois arrêté, cet individu ne pourra être placé en détention provisoire que si le tribunal de l'État requis considère que cet avis de recherche remplit l'ensemble des critères requis pour valoir demande d'arrestation provisoire. En pratique, il y aura un va-et-vient supplémentaire entre État requérant et État requis. Une demande formelle d'arrestation provisoire en bonne et due forme devra alors être envoyée et par la suite confirmée occasionnant ainsi de nombreux délais. Au risque qu'entre temps l'individu localisé ait eu la possibilité de se réfugier dans un autre État ou ait été remis en liberté à l'issue de la détention préventive. Voir : Interpol, «Le rôle d'INTERPOL en matière de recherche d'individus en vue d'extradition» (18 mars 2003), en ligne : [INTERPOL.int <http://www.interpol.int/Public/ICPO/LegalMaterials/FactSheets/FS13fr.asp>](http://www.interpol.int/Public/ICPO/LegalMaterials/FactSheets/FS13fr.asp).

police connaît bien une situation, cela n'a aucun intérêt s'il ne peut pas établir son bien-fondé. La traditionnelle coopération judiciaire à travers les autorités centrales ou encore les voies diplomatiques est devenue plus directement, avec le temps, une coopération policière. Toutefois, une distinction doit être faite entre la coopération judiciaire et policière. Si la raison pour un échange d'informations est d'arrêter une personne afin que cette dernière soit extradée dans le pays qui la requiert, alors la coopération judiciaire et policière n'est pas différente. Interpol doit avoir un mandat d'arrestation émis valablement.

Si le but est plutôt d'échanger des informations afin de prévenir les crimes, on parle alors de coopération policière et non judiciaire. La coopération policière porte essentiellement sur l'échange d'informations, la communication de données, le signalement de personnes et la diffusion d'avis de recherches. Par coopération judiciaire, on entend l'exécution par l'État requis de mesures propres à faciliter la poursuite et la répression des infractions pénales dans l'État requérant, à la demande de celui-ci. Cette coopération est judiciaire¹⁴¹, parce qu'elle est ordonnée pour les besoins d'une procédure dans l'État requérant¹⁴².

1.2.2.1 Non-officielle : assistance entre corps policiers

En effet, il est quelquefois préférable de demander des informations de façon non-officielle afin d'économiser du temps et de s'éviter les lourdeurs bureaucratiques reliées aux demandes d'assistance.

¹⁴¹ Au niveau judiciaire, certains juges peuvent être réticents par rapport à de l'information donnée dans le cadre d'une requête visant à arrêter un individu. En effet, le doute peut s'installer au niveau des motifs et de leurs validités sous-jacentes. Les conditions à l'échange d'informations doivent donc être clarifiées et toujours utilisées dans un but légitime.

¹⁴² Robert J. Currie, *Search Warrants under the Mutual Legal Assistance in Criminal Matters Acts*, (2003) 12 C.R. (6th) 276.

Voici un extrait d'une entrevue donnée par le professeur Fijnaut sur la coopération policière dans l'Union européenne. Les réalités énoncées sont cependant applicables à l'ensemble de la coopération policière mondiale :

En général, les agents de police ont une vision pragmatique du monde et ils savent parfois que la confiance est très importante et qu'en cherchant à officialiser les choses, on peut briser et détruire la confiance. On se perd dans une multitude de problèmes techniques et financiers et, au bout du compte, il ne reste rien. Voici donc une raison culturelle pour laquelle on dit que la culture policière est que "nous sommes tous des agents de police". Nous connaissons notre ennemi, nous connaissons le problème, nous savons ce que nous voulons effectuer. Pourquoi serait-il nécessaire de mettre cela dans une entente? Pourquoi créer des problèmes? Cela protège véritablement la confiance. C'est une façon de voir la situation.

D'un autre côté, lorsque l'on commence à officialiser les choses, toutes sortes de personnes s'en mêlent, les autorités, les chefs de police, ils ont besoin d'argent, les ministères doivent participer, etc. On doit ensuite organiser toute la bureaucratie des enquêtes et on passe davantage de temps à organiser l'enquête qu'à la mener. Les agents de police ont de bonnes raisons de ne pas apprécier que les choses soient formalisées.

Si vous avez, par exemple, une nouvelle demande de collaboration dans un dossier complexe, il serait vraiment stupide que l'agent de police ou que le procureur rédige une demande d'assistance mutuelle s'il ne sait pas exactement ce qu'on cherche à obtenir de l'autre pays, ce que cela signifie pour la police et pour le procureur, pour obtenir leur soutien et répondre à leurs conditions. Dans les grands dossiers, il arrive souvent que les procureurs et les agents de police discutent de manière non officielle avec leurs futurs homologues de la façon dont ils devraient énoncer leur demande d'assistance. Une fois qu'ils s'entendent, de manière non officielle et pragmatique, ils envoient une demande officielle¹⁴³.

¹⁴³ Gendarmerie Royale du Canada, «Leçons tirées sur le crime organisé et la coopération policière dans l'Union européenne - Entrevue avec le professeur Cyrille Fijnaut» (2003), en ligne : GRC <<http://cpc.phippsinc.com/cplib/pdf/56426f.pdf>>.

Il arrive donc de façon beaucoup plus fréquente que les agents de police décident de collaborer entre eux afin de s'échanger de l'information pour éviter ainsi la multiplication des procédures et des lourdeurs bureaucratiques.

1.2.3 Les tribunaux pénaux internationaux

Dans le domaine du contrôle des droits et des libertés, l'État demeure souverain et l'impossibilité d'ingérence ne permet pas d'intervenir de l'extérieur en cas de violations. Face à ce paradoxe et aux mécanismes de coopération mis en place par les États, des tribunaux internationaux ont peu à peu été mis en place. Le Canada peut aider certains tribunaux pénaux internationaux à enquêter sur des génocides, des crimes contre l'humanité et des crimes de guerre à peu près de la même façon qu'il aide actuellement d'autres États dans le cadre d'enquêtes criminelles normales.

Le 25 mai 1993, le Conseil de sécurité de l'ONU a institué le Tribunal pénal international pour la poursuite des personnes coupables de graves violations du droit international humanitaire commises sur le territoire de l'ex-Yougoslavie depuis 1991 (TPIY)¹⁴⁴. Le 8 novembre 1994, il a fait de même pour la poursuite des personnes responsables de génocide et d'autres violations commises en 1994 sur le territoire du Rwanda et de ses États voisins (TPIR)¹⁴⁵. Les Statuts du TPIY et du TPIR obligent les États membres à coopérer entre eux¹⁴⁶. Cela implique d'exécuter sans délai les demandes portant notamment sur l'identification, la localisation de personnes,

¹⁴⁴ *Statut du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, Résolution 827, Rés. CS 827, Doc. Off. CSNU, 3217^e sess., Doc. NU S/RES/824 (25 mai 1993).*

¹⁴⁵ *Statut du Tribunal pénal international pour le Rwanda, annexe 1 à la Résolution 955, Rés. CS 955, Doc. Off. CSNU, 3453^e sess., Doc. NU S/RES/955 (8 novembre 1994).*

¹⁴⁶ Art. 29 para. 1 du Statut du TPIY et Art. 28 para. 1 du Statut du TPIR.

l'audition de témoins, la production d'éléments de preuve, l'arrestation, la détention de personnes¹⁴⁷.

Le 17 juillet 1998, le Statut de la Cour pénale internationale (CPI)¹⁴⁸ a été adopté à Rome¹⁴⁹. La compétence de la CPI est complémentaire à celle des juridictions nationales dans le domaine qui lui est dévolu, c'est-à-dire le génocide, les crimes contre l'humanité et les crimes de guerre. Le chapitre IX du Statut¹⁵⁰ régit la coopération des États membres, dont le Canada¹⁵¹, avec la Cour qui pour sa part ne dispose pas de moyens propres d'enquêtes.

Sans cette coopération des États, la CPI est vouée à l'impuissance. Les États parties au Statut de la CPI ont l'obligation de prêter à celle-ci toute assistance nécessaire à l'accomplissement de sa mission¹⁵². Elle peut aussi requérir d'autres formes de coopération qui correspondent aux mesures d'entraide judiciaire. Les États exécutent les demandes d'entraide présentées par la CPI selon leur droit interne et veillent à que

¹⁴⁷ Art. 29 para. 2 du Statut du TPIY et Art. 28 para. 2 du Statut du TPIR.

¹⁴⁸ *Statut de Rome de la Cour pénale internationale*, 17 juillet 1998, 2187 R.T.N.U. 3.

¹⁴⁹ «Le Statut de Rome est entré en vigueur après avoir atteint 60 ratifications en juillet 2002. Désormais, le nombre de ratifications est passé de 60 à 114. La 114^e ratification par la Moldavie en octobre 2010 représente un point tournant dans l'objectif de ratification universelle du Statut de Rome». Voir: Coalition for the International Criminal Court, «Ratification du Statut de Rome» (2010), en ligne: CICC <<http://www.iccnw.org/?mod=romeratification>>.

¹⁵⁰ Arts. 86 à 102.

¹⁵¹ «Le Canada a joué un rôle très important dans le mouvement en faveur de la CPI et il a contribué à son élaboration de façon significative. Le Canada a signé le Statut de Rome de la CPI le 18 décembre 1998, devenant ainsi le 14^e pays à le faire. Le 7 juillet 2000, il a ratifié le Statut de Rome». Voir : Ministère des Affaires étrangères et du commerce international, «Le Canada et la CPI» (22 juillet 2009), en ligne : MAECI

<<http://www.international.gc.ca/court-cour/icc-canada-cpi.aspx?lang=fra>>.

¹⁵² Il y a deux exceptions à cette règle. La première concerne le cas où la sécurité nationale de l'État requis est en jeu. La deuxième vise le cas où un autre acte d'entraide que ceux énumérés à l'article 93 para. 1 (a-k) du Statut est demandé et que l'exécution de cette demande est prohibée dans l'État requis à raison de sa législation. La Cour peut demander à un État l'arrestation et la remise d'une personne. En vertu de l'article 89 du Statut, la notion de remise équivaut à celle de l'extradition qui prévaut dans les relations entre les États.

leur législation prévoit les procédures nécessaires à l'exécution des demandes de la CPI¹⁵³.

L'article 91 du Statut de la CPI régit le contenu des demandes d'arrestation ou de remise d'une personne poursuivie ou condamnée.

Dans le premier cas, sont joints à la demande un signalement ou des informations sur le lieu probable où se trouve le fugitif, suffisants pour l'identifier et le repérer, une copie du mandat d'arrestation, ainsi que les documents, déclarations et renseignements nécessaires à la remise. Pour qu'une personne soit remise à la CPI, il faut que l'infraction relève de la compétence de la juridiction internationale¹⁵⁴.

La détention est la règle pendant toute la procédure de remise à la CPI. Si la personne réclamée par la CPI n'est pas apte à être placée en détention ou que d'autres circonstances le justifient, la détention provisoire peut être levée à tous les stades de la procédure. Dans les relations avec la CPI, ce droit découle directement de l'article 59 paragraphe 3 du Statut, selon lequel l'autorité doit examiner si, eu égard à la gravité des crimes allégués, l'urgence et des circonstances exceptionnelles justifient la libération provisoire et si des garanties assurent une remise ultérieure à la CPI.

¹⁵³ L'article 93 para. 1 du Statut contient une liste exemplative des formes d'entraide judiciaire que peut requérir la CPI : mesures d'identification, interrogatoires, auditions de témoins, perquisitions, remise de documents de moyens de preuve ainsi que toute forme d'aide autorisée par la loi de l'État requis.

¹⁵⁴ Cependant, la coopération avec la CPI présente quelques traits particuliers. Le plus notable est la suppression des clauses classiques d'exclusion de la coopération tels les délits de nature politique, militaire... De même que les clauses d'exclusion relatives à la nationalité, la condition de la double incrimination. La règle – *ne bis in idem* – peut être invoquée, mais seulement devant la CPI qui, elle, tranchera. La nationalité de la personne poursuivie ne peut faire obstacle au transfert. Cette exception découle de l'obligation imposée aux États de collaborer avec les tribunaux internationaux.

1.3 La compétence extraterritoriale du Canada en matière de coopération internationale

Certaines règles de droit international coutumier déterminent les actes qu'un État peut accomplir de façon légitime à l'étranger. Le tribunal peut alors tenir compte des règles prohibitives du droit international coutumier pour interpréter le droit canadien et élaborer la *common law*¹⁵⁵.

1.3.1 Le droit international comme fondement de la coopération internationale

1.3.1.1 La souveraineté et l'égalité de tous les États

Le respect de la souveraineté des États représente l'un des principes fondateurs du droit international coutumier et il s'avère déterminant quant à la légitimité de la revendication d'une compétence extraterritoriale. Il découle de la maxime qui fonde l'ordre juridique international : tous les États sont souverains et égaux¹⁵⁶. Le principe de l'égalité souveraine englobe deux notions distinctes mais complémentaires : la souveraineté et l'égalité¹⁵⁷. La souveraineté s'entend des différents pouvoirs, droits et obligations que confère la qualité d'État en droit international¹⁵⁸. Tout État, parce qu'il est souverain, est pleinement et exclusivement compétent sur son territoire et conséquemment les autres États et les organisations internationales ne peuvent pas s'immiscer dans les affaires intérieures des États autres.

L'égalité est une notion de droit suivant laquelle tous les États sont en principe membres à parts égales de la communauté internationale¹⁵⁹. Afin de respecter ces notions de souveraineté et d'égalité, les États décident d'agir seulement sur leurs

¹⁵⁵ *R. c. Hape*, *supra* note 20 au para. 39.

¹⁵⁶ *R. c. Hape*, *supra* note 20 au para. 40.

¹⁵⁷ Ce principe est d'ailleurs cristallisé dans la *Charte des Nations Unies*, 26 juin 1945, R.T. 1945, no 7 à l'art. 2 (1).

¹⁵⁸ *R. c. Hape*, *supra* note 20 au para. 41.

¹⁵⁹ Antonio Cassese, *International Law*, 2^e éd., Oxford, Oxford University Press, 2005 à la p. 52.

propres territoires, s'interdisant ainsi de s'ingérer et d'intervenir ailleurs. Le principe de la non-intervention est indissociable de la notion d'égalité souveraine et du droit de tout État d'agir à son gré sur son territoire, sous réserve des restrictions imposées par le droit international¹⁶⁰.

Ces principes fondamentaux doivent être assimilés à tout le moins à des règles de droit international coutumier fermement établies¹⁶¹. Comme la Cour internationale de Justice l'a alors signalé ainsi que la Cour suprême: *l'assimilation de ces principes à la coutume internationale est étayée tant par la pratique des États que par l'opinio juris, soit les deux éléments essentiels du droit international coutumier. Les principes du droit international coutumier lient tous les États, sauf s'ils sont écartés par une autre coutume ou un traité international. Ainsi, sauf disposition incompatible, les principes de non-intervention et de la souveraineté territoriale peuvent être incorporés au droit canadien. Ces mêmes principes doivent également être pris en compte pour déterminer la portée extraterritoriale de la Charte*¹⁶². [nos italiques]

1.3.1.2 La courtoisie comme principe d'interprétation de compétence

La courtoisie¹⁶³ est liée au principe de l'égalité souveraine et s'entend des mesures informelles que prennent les États et des règles qu'ils observent dans leurs rapports mutuels par politesse, convenance et bonne volonté, et non par stricte obligation

¹⁶⁰ Hugh M. Kindred, M. Phillip Saunders (dir.), *International Law: Chiefly as Interpreted and Applied in Canada*, 7e éd., Toronto, Emond Montgomery, 2006 à la p. 547 et *R. c. Hape*, *supra* note 20 au para. 45.

¹⁶¹ *Nicaragua c. États-Unis d'Amérique*, [1986] C.I.J. Rec. 14 à la p. 106.

¹⁶² *R. c. Hape*, *supra* note 20 au para. 46.

¹⁶³ Souvent, on retrouve à titre de d'expression similaire le terme *international comity*. Dans la cause *R. c. Spence*, [1985] 2.R.C.S. 278, para. 8, la Cour donne une définition : La «courtoisie» au sens juridique n'est ni une question d'obligation absolue d'une part ni de simple politesse et bonne volonté de l'autre. Mais c'est la reconnaissance qu'une nation accorde sur son territoire aux actes législatifs, exécutifs ou judiciaires d'une autre nation, compte tenu à la fois des obligations et des convenances internationales et des droits de ses propres citoyens ou des autres personnes qui sont sous la protection de ses lois.

légale¹⁶⁴. Les cours de justice l'invoquent généralement davantage à titre de principe d'interprétation qu'en tant que règle de droit, car elle ne découle pas d'obligations formelles¹⁶⁵.

Lorsqu'un texte législatif ou constitutionnel est susceptible d'avoir une incidence sur la souveraineté d'un autre État, le principe de la courtoisie influencera son interprétation¹⁶⁶. Bien que de nombreuses règles de droit international promeuvent le respect entre les États, la courtoisie est à juste titre un principe d'interprétation, qui se fonde sur la volonté qu'ont les États d'agir avec civilité les uns envers les autres dans le strict respect de leur souveraineté réciproque.

Les actes de courtoisie sont justifiés en ce qu'ils facilitent les rapports entre les États et la collaboration générale. Toutefois, la courtoisie n'a plus sa place lorsqu'elle est de nature à miner les relations pacifiques entre États et l'ordre mondial¹⁶⁷.

L'État qui formule une demande d'assistance doit cependant le faire en ayant en tête d'agir avec courtoisie et de respecter la souveraineté de l'autre État, et de ce fait ne doit pas s'ingérer dans ces affaires internes. Le principe de courtoisie exige que l'État qui sollicite de l'assistance doit le faire avec respect envers les moyens utilisés par l'État autre et ce sur son territoire. La coopération internationale repose sur ces deux piliers: le respect de la souveraineté et la courtoisie. Ce respect cesse dès qu'il y a une violation manifeste du droit international et des droits fondamentaux de la

¹⁶⁴ Robert Jennings et Arthur Watts, *Oppenheim's International Law*, 9e éd., vol. 1, London, Longman, 1996 aux pp. 50-51.

¹⁶⁵ *R. c. Hape*, *supra* note 20, au para. 47.

¹⁶⁶ Le pouvoir d'une nation dans les limites de son propre territoire est forcément exclusif et absolu, et n'est susceptible d'aucune restriction qu'elle ne s'impose par elle-même, mais l'intérêt commun incite les États aux relations mutuelles et à l'échange de bons offices entre eux. C'est sur cette courtoisie entre nations que repose l'assistance juridique internationale. *The Schooner Exchange v. M'Faddon & Others* [(1812), 7 Cranch's Reports 116, aux pp. 136 et 137.

¹⁶⁷ *R. c. Hape*, *supra* note 20 au para. 50.

personne. À défaut d'une telle atteinte, les tribunaux canadiens doivent interpréter le droit canadien et considérer le droit étranger invoqué d'une manière qui respecte l'esprit de la collaboration et de la courtoisie internationale¹⁶⁸.

Le Canada étant partie à plusieurs instruments internationaux, se doit de respecter ses engagements sur la scène internationale et décider de ne plus collaborer avec les États lorsqu'il y a violation aux droits humains. Le respect des droits de l'homme figure parmi les objectifs essentiels de la politique. Il est impératif que le Canada reconnaisse et observe les normes internationales dans ce domaine.

1.3.1.3 Le respect du droit international comme principe d'interprétation

Selon un principe d'interprétation législatif bien établi, une loi est réputée conforme au droit international. Selon, les tribunaux, *cette présomption se fonde sur le principe selon lequel les tribunaux sont légalement tenus d'éviter une interprétation de leur droit interne qui emporterait la contravention de l'État à ses obligations internationales. L'organe législatif est présumé agir conformément aux obligations du Canada en tant que membre signataire de traités internationaux et membre de la communauté internationale*¹⁶⁹. [nos italiques]

Notre Cour a reconnu et appliqué à maintes occasions cette présomption de conformité¹⁷⁰. Elle réitère dans l'arrêt *Hape*¹⁷¹ que:

¹⁶⁸ *R. c. Hape*, *supra* note 20 au para. 52.

¹⁶⁹ *R. c. Hape*, *supra* note 20 au para. 53.

¹⁷⁰ Dans l'arrêt *Daniels c. White*, [1968] R.C.S. 517, à la p. 541: [I]l s'agit ici d'un cas où il y a lieu d'appliquer la règle d'interprétation selon laquelle le Parlement n'est pas censé légiférer de manière à violer un traité ou de quelque manière incompatible avec la courtoisie internationale ou les règles établies du droit international. [...] Lorsqu'une loi ne présente pas d'ambiguïté, il faut respecter ses dispositions, même si elles sont contraires au droit international

¹⁷¹ *R. c. Hape*, *supra* note 20 au para. 53.

[l']organe législatif est présumé agir conformément aux obligations du Canada en tant que signataire de traités internationaux et membre de la communauté internationale. Appelé à choisir entre diverses interprétations possibles, le tribunal doit éviter celles qui emporteraient la violation de ces obligations. D'autre part, l'organe législatif est présumé respecter les valeurs et les principes du droit international coutumier et conventionnel. Le tribunal privilégie donc l'interprétation qui reflète ces valeurs et ces principes, lesquels font partie du contexte d'adoption des lois. La présomption est toutefois réfutable. La souveraineté du Parlement exige que le tribunal donne effet à une loi qui exprime l'intention non équivoque du législateur de manquer à une obligation internationale.

Le principe de la souveraineté du Parlement lui permet d'adopter des lois contraires aux principes de droit international tels que l'égalité entre les États, la courtoisie internationale mais ce faisant, le Canada contrevient aux règles de droit international. Donc, chaque loi est réputée conforme au droit international, de sorte que la *Charte* doit assurer de ce fait le respect des obligations du Canada en droit international.

1.3.2 L'extraterritorialité en droit canadien

De façon générale, la compétence renvoie au pouvoir de l'État d'exercer son autorité et ses attributions publiques à l'égard de personnes, d'actes et d'événements. La capacité de prendre des lois ayant une portée extraterritoriale est un aspect de la souveraineté d'un État. La force d'exécution de ces lois constitue une question distincte¹⁷².

Il existe plusieurs formes de compétence. La plus commune et la plus reconnue est la compétence territoriale dans le cadre de laquelle chaque État a la haute main sur les poursuites et les sanctions relatives aux crimes commis à l'intérieur de ses frontières. Toute analyse de l'extraterritorialité engage nécessairement la capacité qu'a l'État d'exercer son autorité sur des personnes, des lieux et des objets situés à l'extérieur de

¹⁷² Antonio Cassese, *International Law*, *supra* note 159 à la p. 49.

ses frontières. Dans le système judiciaire international, chaque État jouit d'une entière compétence et d'un contrôle exclusif sur son territoire¹⁷³. En limitant ainsi l'extraterritorialité du droit criminel, le Canada reconnaît la souveraineté de chaque État sur les actes qui sont du ressort de celui-ci. Il n'est donc pas possible pour le Canada d'accuser ni même de détenir une personne pour un crime qu'elle aurait commis en dehors du territoire sous juridiction canadienne. Mais souvent, des lois ayant une portée extraterritoriale sont adoptées en vue de mettre en oeuvre les obligations découlant d'accords internationaux, lesquels sont assumés à titre d'exercice de la prérogative du gouvernement fédéral en matière d'affaires étrangères.

Dans son exercice du pouvoir du gouvernement fédéral en matière d'affaires étrangères, l'exécutif peut également répondre par la diplomatie aux mesures extraterritoriales d'un État étranger. Il peut s'agir d'une ligne « douce » ou conciliante (par exemple des représentations de l'ambassadeur, des négociations d'État à État) ou d'une ligne « dure » (par exemple le retrait unilatéral du commerce et de l'aide). L'exécutif peut également rendre des ordonnances de contremesures telles que l'inexécution ou la suspension temporaire par le Canada des obligations qu'il a en vertu d'un traité envers un État étranger, en proportion avec le préjudice causé par les actions extraterritoriales illégales de ce dernier¹⁷⁴.

Le Canada étant signataire de plusieurs conventions internationales¹⁷⁵, il a donc légitimement le devoir et l'obligation de poursuivre les auteurs de certains crimes

¹⁷³ Hugh M. Kindred et Phillip M. Saunders (dir.), *International Law: Chiefly as Interpreted and Applied in Canada*, 7e éd., Toronto, Emond Montgomery, 2006.

¹⁷⁴ Steve Coughlan *et al.*, « Global Reach, Local Grasp: Constructing Extraterritorial Jurisdiction in the Age of Globalization » (2006), en ligne: Dalhousie University Respository <http://dalspace.library.dal.ca/dspace/bitstream/handle/10222/10268/Coughlan_Currie%20et%20al.%20Extraterritoriality%20EN.pdf?sequence=1> à la page 38.

¹⁷⁵ La *Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants*, 10 décembre 1984, 1465 R.T.N.U. 85 en est un exemple. Il peut également y avoir une loi particulière

commis et ce, hors son territoire. Les crimes couverts par ce type de conventions sont généralement considérés comme étant d'intérêt universel.

Selon, les tribunaux, *la souveraineté territoriale donne à l'État le pouvoir absolu d'exercer ses compétences normatives, d'exécution et juridictionnelle, sur les affaires prenant naissance sur son territoire et à l'égard des personnes étant à l'intérieur de ses frontières, sous la seule réserve du respect du droit international coutumier et conventionnel. Le principe de la territorialité se rattache à deux assises connexes de la compétence : la territorialité objective et la territorialité subjective. Suivant le principe de la territorialité objective, un État peut revendiquer sa compétence à l'égard d'un acte criminel qui a débuté ou qui s'est déroulé à l'étranger*¹⁷⁶. [nos italiques]

La territorialité subjective s'entend de la compétence à l'égard d'un acte qui survient ou débute dans un État, mais dont les conséquences se produisent dans un autre. Les limites de l'application extraterritoriale du droit canadien demeurent par ailleurs reconnues¹⁷⁷.

Les tribunaux canadiens, ayant à déterminer si une conduite criminelle impliquant plusieurs juridictions avait suffisamment de lien avec le Canada¹⁷⁸ pour qu'il en

adoptée comme par exemple *Loi sur les crimes contre l'humanité et les crimes de guerre*, L.C. 2000, c. 24.

¹⁷⁶ *R. c. Hape*, *supra* note 20 au para. 59.

¹⁷⁷ Tel que mentionné, la cause de principe demeure *R. c. Libman*, [1985] 2 R.C.S. 178: Pour décider si une opération a eu lieu hors de notre territoire, il faut tenir compte de tous les faits pertinents qui se sont produits au Canada qui fournissent à notre pays un intérêt à instruire l'infraction, et déterminer s'il y a dans ces faits quelque chose qui va à l'encontre de la courtoisie internationale.

¹⁷⁸ *R. c. Finta*, [1994] 1 R.C.S. 701. Le tribunal a indiqué que la règle générale était que les cours canadiennes pouvaient simplement poursuivre des crimes commis sur son territoire.

revendique la poursuite, ont donc élaboré certains critères que l'on retrouve dans la cause de *Libman*¹⁷⁹.

1.3.2.1 *Le test de Libman*

Tout d'abord, la cour revient sur les enseignements de la Cour permanente de justice qui, dans l'affaire du *Lotus*¹⁸⁰, indique que la compétence ne pourrait être exercée hors du territoire, sinon en vertu d'une règle permissive découlant du droit international coutumier ou d'une convention. Il va donc sans dire que le droit international reconnaît la compétence extraterritoriale mais lui impose des limites fondées sur les principes de l'égalité souveraine, de la non-intervention et de la territorialité.

Bien que cette compétence soit limitée¹⁸¹, le *Statut de Westminster de 1931*¹⁸² établit clairement que le Parlement a le pouvoir d'adopter des lois de portée extraterritoriale. Cependant, certaines conditions doivent être rencontrées. Premièrement, les cours de justice doivent présumer que toute loi est établie en conformité avec le droit international et avec les obligations du Canada. Deuxièmement, les tribunaux doivent s'efforcer de donner effet aux traités en vertu desquels le Canada a contracté des

¹⁷⁹ Il s'agissait d'un accusé qui subissait son procès pour fraude et complot de fraude. De Toronto, M. Libman employait un groupe de personnes qui devait vendre certains services par téléphone et ce, à des individus habitant aux États-Unis et en Amérique Latine. Une fois la transaction complétée, l'argent était envoyé à ces endroits et Libman le récupérait pour ensuite revenir au Canada. La défense alléguait donc que les crimes avaient été commis à l'extérieur du territoire canadien et donc n'y avait donc pas juridiction. La cour a conclu plutôt qu'il existait des liens suffisants entre la conduite criminelle et le Canada en déclarant que les activités préparatoires, ayant lieu à Toronto, faisaient en sorte qu'il pouvait y avoir compétence juridictionnelle du Canada. De plus, par le principe de la courtoisie internationale, le Canada se devait de poursuivre l'auteur de ces infractions.

¹⁸⁰ *Affaire du Lotus (France c. Turquie)* (1927), Arrêt, C.P.J.I. (sér. A) n° 10.

¹⁸¹ Currie, *supra* note 103 à la p. 426.

¹⁸² *Statut de Westminster de 1931* (R.-U.), 22 Geo. 5, c. 4 à l'art. 3.

obligations et ce, même s'il n'y a pas incorporation par la suite dans la législation domestique.

La cour formule alors un test afin de déterminer si le Canada peut avoir une juridiction pénale sur des crimes transnationaux. Nous reprenons ici le passage pertinent¹⁸³:

Je pourrais résumer ainsi ma façon d'aborder les limites du principe de la territorialité. Selon moi, il suffit, pour soumettre une infraction à la compétence de nos tribunaux, qu'une partie importante des activités qui la constituent se soit déroulée au Canada. Comme l'affirment les auteurs modernes, il suffit qu'il y ait un "lien réel et important" entre l'infraction et notre pays, ce qui est un critère bien connu en droit international public et privé;

Il appert donc de ce test proposé qu'il doit y avoir la présence de deux conditions préalables: tout d'abord, il doit avoir un lien réel et substantif entre le Canada et la conduite criminelle. Ensuite, si ce lien est établi, on doit vérifier s'il y a, dans les faits, un élément qui irait à l'encontre de la courtoisie internationale.

Comme le test sert à déterminer si le Canada possède une juridiction territoriale, le lien doit être établi entre le Canada et certains aspects significatifs du crime¹⁸⁴. On peut notamment trouver cette jonction dans la formulation, la préparation ou la commission de la conduite criminelle. Les tribunaux ont notamment considéré les facteurs suivants comme étant hautement pertinents lors de leur évaluation : la

¹⁸³ *R. c. Libman*, *supra* note 177 au para. 74.

¹⁸⁴ *R. c. Drakes*, [2005] O.T.C. 577 (S.C.J.). Ici, la cour a déterminé que le lien entre le Canada et la fraude, ayant été commis dans plusieurs pays, était insuffisant afin que les critères du test élaboré dans la cause *Libman* soient rencontrés.

nationalité de l'accusé ou de la victime de l'infraction criminelle¹⁸⁵ et l'intérêt de l'accusé à être jugé au Canada¹⁸⁶.

Il peut également arriver que deux États veuillent poursuivre une même conduite criminelle. Les tribunaux ont ainsi élaboré une série de critères servant à déterminer quel État devait avoir préséance pour la poursuite de l'infraction criminelle¹⁸⁷. Dans cette série de facteurs, on fait notamment référence au fait de savoir si le gouvernement étranger a fait une demande d'extradition, la finalité des motifs justifiant la poursuite qui, elle, se doit d'être en accord avec les droits humains et finalement, si le gouvernement étranger a un lien réel et substantif avec l'infraction.

2- Les droits de l'individu, sous la perspective canadienne, lors de la coopération internationale

Avec la pratique plus présente de l'entraide juridique en matière criminelle, soit de s'échanger ou de partager des informations entre les États afin de lutter contre la criminalité¹⁸⁸, nous constatons que la coopération internationale a un potentiel de conflit avec les droits humains domestiques¹⁸⁹. La Cour suprême du Canada a ainsi adopté une approche réservée quant à l'application extraterritoriale de la *Charte* en matière criminelle, la position générale étant de confiner la *Charte* au territoire canadien¹⁹⁰. De même, dans les cas où des éléments de preuve sont recueillis en sol étranger, la Cour suprême a toujours soutenu que la *Charte* ne s'applique pas

¹⁸⁵ *R. c. O.B.* (1997), 99 O.A.C. 313 (C.A.).

¹⁸⁶ *R. c. Ouellette* (1998), 126 C.C.C. (3d) 219 (Qué. S.C.).

¹⁸⁷ Currie, *supra* note 103 à la p. 419.

¹⁸⁸ Christopher Murray et Lorna Harris, *International Mutual Assistance*, 2^e éd., Andover (UK), Sweet & Maxwell, 2006 à la p. 12.

¹⁸⁹ Voir généralement : William Schabas, *International Human Rights Law and the Canadian Charter*, 2^e éd., Scarborough (ON), Carswell, 1996.

¹⁹⁰ *R. c. Cook*, *supra* note 19.

directement aux actions d'autorités étrangères, même si celles-ci font l'objet d'un jugement prononcé dans le cadre d'un procès canadien¹⁹¹.

Toutefois, récemment la Cour suprême, dans une décision divisée¹⁹², a ouvert la voie à une nouvelle interprétation des dispositions de la *Charte*, nous questionnant ainsi sur l'évolution de notre jurisprudence en matière de droit international mais aussi sur nos engagements internationaux passés ou futurs. En effet, la cour est revenue sur ses enseignements passés en soumettant une nouvelle méthode afin de déterminer si la *Charte* peut s'appliquer hors le territoire canadien.

2.1 Le respect des droits fondamentaux de la personne: obligations du Canada lors de la coopération internationale

La protection internationale des droits de la personne a désormais une telle importance que chaque État a l'obligation de protéger les droits de toute personne. Le Canada, ne faisant pas exception, a donc l'obligation de faire observer et respecter les droits de la personne et ce, en tout lieu et en tout temps. Cependant, en quelle circonstance le Canada viole-t-il ses obligations internationales lorsqu'il coopère avec un État peu ou moins soucieux du respect des droits fondamentaux¹⁹³? Est-ce que

¹⁹¹ *R. c. Harrer*, *supra* note 16.

¹⁹² *R. c. Hape*, *supra* note 20.

¹⁹³ Ici, le Canada a décidé d'extrader M. Saxena vers la Thaïlande malgré la réputation du pays sur le peu de considération apportée aux droits humains. Voir: *Thailand v. Saxena*, 2006 BBCA 98, permission d'appel refusée à la Cour suprême, [2006] S.C.C.A. No 147. Au paragraphe 13, on note: The degree of risk of flight that may be acceptable in dealing with a person facing charges in Canada may not be acceptable when the issue is not just the individual facing up to the charges against him but also Canada's honour, good faith and satisfaction of its international commitments.

Les faits sont les suivants: M. Saxena a fui son pays suite à la commission d'une fraude d'un montant totalisant 88 millions de dollars envers la Banque de commerce de Bangkok. Il a essayé, par le biais de différentes procédures légales d'empêcher son extradition argumentant notamment qu'en retournant dans son pays, il serait soumis à de la torture et à des mauvais traitements. Il a finalement été extradé le 29 octobre 2009, après plus de 13 ans de contestations. Le Canada a décidé de continuer à offrir sa coopération avec cet État, en étant toutefois conscient de la violation de ses obligations internationales,

l'esprit de la *Charte* demande à ce que le Canada refuse d'envoyer de la preuve à l'étranger, lors d'une demande d'entraide juridique en matière criminelle, lorsqu'il y a probabilité ou possibilité qu'il y ait un risque que les droits des individus soient brimés? Est-ce que l'écart entre la protection assurée par les principes qui sous-tendent la *Charte* et celle offerte par la procédure étrangère est justifié par la nécessité que le Canada participe à la lutte contre la criminalité transnationale? Est-ce que le tribunal peut toujours appliquer la présomption, réfutable, du respect de la *Charte* lorsque le fonctionnaire canadien a agi conformément aux règles de droit et de procédures étrangères?

Finalement, est-ce que le Canada, pour respecter ses obligations internationales, en matière des droits de l'homme, doit tenir compte, en matière d'extradition et d'entraide judiciaire, des allégations formulées à l'encontre des autres États ou de leurs réputations en matière de respect des droits humains lorsqu'il engage sa coopération?

Nous croyons que le Canada doit porter une attention toute particulière, lors de son éventuelle coopération, avec des États qui n'ont pas la même pratique ou idéologie que la sienne en matière des droits de l'homme. Nous sommes toutefois conscients que, ce faisant, le Canada risque d'altérer ses relations avec ces États et subir par la suite des répercussions au niveau économique, politique, juridique etc. Cependant, que le Canada ait la capacité et la volonté de poursuivre les États pour leurs violations des droits humains fait-il en sorte qu'il devrait également assurer des recours aux victimes de ces violations? Autrement dit, les tribunaux canadiens devraient-ils s'ouvrir aux allégations de violation des droits de la personne, qui constituent des violations d'obligations universelles, qu'elles soient commises ou non par des

et de l'importance qu'il attache à la prévention de la torture et des mauvais traitements en vue de leur élimination partout dans le monde. En ligne:
http://www.cbc.ca/news/story/2000/09/15/bc_rakesh000915.html

citoyens canadiens, qu'elles soient perpétrées ou non contre des Canadiens et qu'elles soient commises au Canada ou ailleurs¹⁹⁴?

Si la prétention en faveur de la compétence obligatoire universelle en regard des violations des droits de la personne, commises à l'extérieur du territoire canadien, n'est pas assez convaincante en soi, il demeure toujours le fait que le Canada pourrait agir ainsi parce qu'il possède un intérêt réel et important à assurer la protection générale des droits de la personne, ce à quoi il s'est toujours engagé en tant qu'État novateur des droits humains et fondamentaux.

Le premier de ces arguments se veut l'affirmation de la compétence en matière criminelle et pénale sur les infractions et les contrevenants internationaux. Dans la mesure où sont prosrites les violations des droits de la personne telles que le génocide, la torture, les crimes contre l'humanité et les crimes de guerre et où leurs auteurs sont assujettis à la compétence universelle des États, leurs victimes devraient également avoir un accès aux recours contre les présumés auteurs de ces violations des droits humains. Ces crimes sont des crimes internationaux et le Canada se doit d'enquêter et de poursuivre l'auteur de ces violations devant les tribunaux au nom de la communauté internationale.

Le Canada a ainsi, par le passé, accepté et mis en oeuvre ses obligations internationales à l'effet de poursuivre les auteurs de crimes internationaux¹⁹⁵. Il a

¹⁹⁴ La Cour suprême du Canada a été prudente dans son exercice d'application de juridiction universelle tel que démontré dans l'arrêt *R. c. Finta*, *supra* note 178. La Cour y a mentionné que sa juridiction sous l'article 7 (3.71) du *Code criminel* était basée sur les circonstances uniques d'un conflit armé international ayant donné lieu à des crimes de guerre.

¹⁹⁵ On pourrait aussi indiquer, à titre significatif, le cas du Rwandais Jacques Mungwarere, accusé de crimes contre l'humanité, de génocide et de crimes de guerre. Voir : *R. c. Mungwarere*, «Acte d'accusation» (26 mai 2010), Cour de l'Ontario (Cour supérieure de justice – Région de l'Est), en ligne : Hague Justice Portal <http://www.haguejusticeportal.net/Docs/NLP/Canada/Mungwarere_Indictment_FR_26052010.pdf>.

adopté à cet effet la *Loi sur les crimes contre l'humanité et les crimes de guerre*¹⁹⁶. Les victimes d'infractions extraterritoriales ont donc le même accès aux tribunaux canadiens afin d'obtenir les recours auxquels elles ont légalement droit¹⁹⁷.

Ainsi, la même démarche permet de soutenir que le Canada pourrait autoriser les victimes à se faire entendre par ses tribunaux et à obtenir un recours exécutoire contre l'auteur d'une violation des droits de la personne.

Cependant, ces arguments favorables à l'ouverture des tribunaux canadiens aux poursuites pour violation extraterritoriale des droits de la personne¹⁹⁸ se heurtent au moins à deux obstacles de procédure¹⁹⁹. Le premier est le principe du conflit de lois ou du *forum non conveniens*. Ce principe peut justifier une restriction de la compétence judiciaire sur une réclamation en responsabilité civile délictuelle.

¹⁹⁶ *Loi sur les crimes contre l'humanité et les crimes de guerre*, L.C. 2000, c. 24.

¹⁹⁷ M. Munyaneza fut accusé en vertu de la *Loi sur les crimes contre l'humanité et les crimes de guerre* adoptée par le Parlement canadien en 2000. C'est la première fois qu'une poursuite est intentée en vertu de cette loi au Canada. Contrairement à l'ensemble des lois canadiennes qui punissent des infractions commises sur le territoire canadien, cette loi prévoit qu'une personne ayant commis à l'étranger un crime de génocide, un crime contre l'humanité ou un crime de guerre peut être poursuivie au Canada si elle y réside. Un des buts avoués de la loi est de lutter contre l'impunité de criminels de guerre comme celle qui a existé après la seconde Guerre mondiale. Les quatre Conventions de Genève du 12 août 1949 et leurs deux Protocoles additionnels du 8 juin 1977 constituent les fondements de droit international conventionnel relatif aux conflits armés nationaux ou internationaux. Le Canada est partie à ces conventions depuis le 14 mai 1965 et aux Protocoles depuis le 20 novembre 1990. Voir *R. c. Munyaneza*, 2009 QCCS 2201 (CanLII) et Fannie Lafontaine, «Canada's Crimes against Humanity and War Crimes Act on Trial: An Analysis of the *Munyaneza* Case» (2010) 8:1 J. Int'l Crim. Justice 269.

¹⁹⁸ La *Loi sur les crimes contre l'humanité et les crimes de guerre* fonde la compétence des tribunaux sur plusieurs facteurs : une compétence fondée sur la nationalité et la territorialité actives qui permet au Canada de juger les crimes perpétrés sur le territoire canadien et ceux commis par des Canadiens ailleurs dans le monde ; une compétence fondée sur la nationalité passive qui permet au Canada de juger les crimes commis contre des ressortissants canadiens ; une compétence universelle qui permet au Canada d'exercer des poursuites contre toute personne (qu'importe sa nationalité ou le lieu où les infractions ont été commises) retrouvée au Canada après la commission des infractions visées dans la Loi. Cette approche est conforme à la politique historique du Canada en matière de crimes de guerre ». Voir : Ministère des Affaires étrangères et du commerce international, «La Loi canadienne sur les crimes contre l'humanité et les crimes de guerre» (29 avril 2009), en ligne : MAECI <<http://www.international.gc.ca/court-cour/war-crimes-guerres.aspx?lang=fr>>.

¹⁹⁹ Stephen J. Toope, «The Uses of Metaphor : International Law and the Supreme Court» (Mars-Juin 2001) 12 R. du B. can. 534 à la page 539.

Cependant, les objectifs de la politique qui sous-tendent ce principe perdent peut-être de leur force en ce qui concerne une violation d'un droit humain respecté à l'échelle internationale.

Le deuxième obstacle, assez fréquent, est la perspective d'une demande d'immunité de la part du défendeur. En effet, il arrive souvent que les violations des droits de la personne soient autorisées ou exécutées par des représentants de l'État dans l'exercice de leurs fonctions²⁰⁰. De par l'égalité souveraine des États, le droit international accorde à chaque État l'immunité contre l'exercice de la compétence d'un autre État. Donc, dans certaines circonstances, les représentants de l'État peuvent eux aussi jouir d'une immunité juridictionnelle face à l'autorité et aux tribunaux d'un État étranger. Une analyse détaillée du droit international relatif à l'immunité des États n'a pas sa place ici. Notons simplement que les tribunaux canadiens sont empêchés d'alléguer leur compétence sur les hauts responsables d'un État étranger pour un grand nombre d'actes commis pendant qu'ils sont en fonction ou, une fois qu'ils ne le sont plus, pour les actes commis par le passé dans l'exercice de leurs fonctions. Cependant, une fois qu'il a renoncé à ses fonctions, un personnage public de ce genre ne peut plus se soustraire aux poursuites pour des actes commis par le passé à titre privé ou pour des infractions commises au niveau international.

2.1.1 L'adoption par le Canada des normes internationales

Le sujet des engagements internationaux du Canada face à la torture, traitements cruels et inusités est déjà largement documenté et loin de nous l'idée de reprendre ce qui a déjà écrit sur la question et de détailler la jurisprudence à ce sujet²⁰¹. Il s'agit plutôt ici de constater l'engagement du Canada face aux normes internationales en

²⁰⁰ Voir à ce sujet l'arrêt de la Cour internationale de Justice dans l'*Affaire relative au mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (République démocratique du Congo c. Belgique)*, Arrêt, [2002] C.I.J. rec. 3.

²⁰¹ Voir les causes *Renvoi relatif à l'extradition de Ng*, [1991] 2 R.C.S. 858 et *Kindler c. Ministère de la Justice au Canada*, [1991] 2 R.C.S. 779 et de l'abondante doctrine écrite sur la question.

matière de protection des droits internationaux de la personne, lors de la collaboration inter étatique en matière d'extradition et d'entraide judiciaire.

À l'origine, les États parties aux conventions internationales étaient plus préoccupés par les objectifs de suppression de la criminalité que de la manière dont on arrivait à la finalité. En particulier, le fait que le système de la coopération internationale soit basé sur les relations inter étatiques signifiait en fait que l'individu ne pouvait pas personnellement invoquer les protections codifiées par les traités. L'individu était alors obligé de se rabattre sur les protections et recours offerts par la loi domestique de l'État qui entamait les poursuites pénales qui, elles, pouvaient être compromises par les obligations internationales²⁰². Puis, peu à peu, le Canada a ratifié divers instruments internationaux de protection des droits de la personne.

Bien qu'elle n'ait pas le statut d'un pacte international exécutoire, la *Déclaration universelle des droits de l'homme*²⁰³ est généralement considérée comme un texte déterminant du droit conventionnel international et comme le principal instrument qui assure la protection de la dignité inhérente à l'être humain et de ses droits inaliénables et fondamentaux. Elle est le fondement de nombreux pactes et conventions des Nations Unies dont le *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*²⁰⁴, et la *Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou*

²⁰² Neil Boister, «Human Rights Protections in the Suppression Conventions» (2002) 2 Hum. Rts. L. Rev. 199 à la p. 209.

²⁰³ *Déclaration universelle des droits de l'homme*, Rés. AG 217 (III), Doc. Off. AG NU, 3e sess., supp. No 13, Doc. NU A1810 (1948).

²⁰⁴ *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, 16 décembre 1966, 999 R.T.N.U. 171 (entrée en vigueur: 23 mars 1976, entrée en vigueur au Canada: 19 août 1976 (adoption au Canada: 19 mai 1976)). Il y a eu par la suite l'adoption par le Canada du *Protocole facultatif se rapportant au Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, 23 mars 1976, 999 R.T.N.U. 171, R.T. Cano 1976 no. 47 (entrée en vigueur: 23 mars 1976, entrée en vigueur au Canada: 19 août 1976 (adoption au Canada: 19 mai 1976)) 57. Par la suite, il y a eu le *Deuxième protocole facultatif se rapportant au Pacte international relatif aux droits civils et politiques, visant à abolir la peine de mort*, 15 décembre 1989, 1642 R.T.N.U. 414 (entrée en vigueur: 11 juillet 1991, entrée en vigueur au Canada: 25 février 2006 (adoption au Canada: 11 novembre 2005)).

dégradants²⁰⁵ qui ont façonné le droit international en matière de droits de la personne et dont le Canada est un des signataires.

Le champ d'application de la protection internationale des droits de la personne est circonscrit dans le *Pacte international relatif aux droits civils et politiques* (PIDCP) auquel le Canada est partie²⁰⁶. Le paragraphe 2(1) oblige le Canada « à respecter et à garantir à tous les individus se trouvant sur son territoire et relevant de sa compétence les droits reconnus » dans le PIDCP. Ce devoir comprend les obligations supplémentaires énoncées au paragraphe 2(3), soit garantir que toute personne dont les droits auront été violés disposera d'une procédure judiciaire compétente et de recours utiles auxquels il sera donné suite. Ainsi, les droits prescrits par le PIDCP, tels le droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne et l'interdiction de toute arrestation ou détention arbitraire, de l'esclavage et de la torture (articles 6 à 9), sont applicables à tous aux termes d'un traité réciproque ayant force obligatoire entre le Canada et les autres États parties.

Par contre, qu'en est-il lorsque ce sont plutôt les autres États qui enfreignent sur leurs territoires leurs obligations découlant des traités? Le Canada a-t-il à ce moment une responsabilité et un devoir d'agir face à ce comportement contraire à ses engagements, aux normes internationales, aux décisions et recommandations des organismes internationaux de défense des droits de l'homme? Ne devrait-il pas condamner au plus haut niveau toutes les formes d'atteinte à la vie et à l'intégrité physique d'une personne, formellement interdites en droit international par plusieurs instruments juridiques et prendre des mesures législatives, administratives, judiciaires ou autres mesures efficaces afin d'empêcher ces violations dont il peut être témoin? Bien

²⁰⁵ *Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants*, *supra* note 73.

²⁰⁶ Voir en ligne: <http://www2.ohchr.org/french/law/ccpr.htm>

entendu, il peut dès lors décider d'arrêter de collaborer avec cet État et d'aller sur la place publique et décrier les méthodes de ce dernier mais est-ce vraiment suffisant?

Lorsque le Canada décrète qu'il met un terme à sa coopération internationale et qu'il décide, par exemple, de ne pas extraditer une personne parce que l'État requérant adopte certaines mesures, méthodes qui portent atteinte à l'intégrité physique de l'individu, ne participe-t-il pas à l'impunité du crime en décidant qu'il refuse l'extradition pour ces motifs? Le fait, pour le Canada, d'accepter de renvoyer une personne vers un pays où elle risque de subir des mauvais traitements serait totalement contraire au droit international et ce, peu importe les circonstances puisqu'il s'agit d'une norme impérative universelle.

Une décision du Comité des droits de l'Homme mentionne la chose suivante :

Si un État partie prend une décision concernant une personne sous sa juridiction, *dont la conséquence nécessaire et prévisible* est que les droits de cette personne en vertu du Pacte seront violés sous une autre juridiction, l'État partie lui-même peut violer le Pacte. Cela découle du fait que le devoir qui incombe à un État partie conformément à l'article 2 du Pacte ne serait pas rempli si une personne était remise à un autre État (partie ou non au Pacte) où un traitement contraire au Pacte est certain ou constitue le but même de la remise de cette personne²⁰⁷.

Le Canada a par le passé trouvé une solution à ce problème en décidant de demander des assurances diplomatiques, lors du renvoi d'individus suspectés d'être ultérieurement soumis à des mauvais traitements.

²⁰⁷ *Décision du Comité des droits de l'homme en vertu de l'article 5 du Protocole facultatif se rapportant au Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, Déc. Comité des droits de l'homme, Doc. off. CCPR/C/48/D/470/1991, 48^e sess. (18 novembre 1993), en ligne : Haut-Commissariat aux droits de l'homme
<[http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/\(Symbol\)/a442324952271a678025673000413d76?Opendocument](http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/(Symbol)/a442324952271a678025673000413d76?Opendocument)>

2.1.2 Les assurances diplomatiques et application jurisprudentielle

Les assurances diplomatiques sont une garantie écrite contre l'utilisation de la torture et de mauvais traitements lors de renvois de personnes dans le pays les requérant. Ce sont des accords politiques bilatéraux, conclus au niveau diplomatique. On ne peut les qualifier de traités et elles n'ont pas de caractère légal ni force de loi. Les assurances diplomatiques revêtent diverses formes. Certaines sont de simples promesses orales. D'autres sont des documents écrits, dans certains cas signés par des responsables des deux gouvernements.

Le contenu des assurances varie lui aussi, et les assurances contre la torture sont parfois jointes à d'autres promesses, par exemple d'un procès équitable²⁰⁸. Certaines assurances ne font rien de plus que réitérer que le gouvernement d'accueil respectera sa législation nationale ou ses obligations par rapport au droit international des droits humains. Si les assurances sont violées, le gouvernement expéditeur n'a pas de moyen de tenir légalement responsable le gouvernement du pays d'accueil²⁰⁹.

Qu'arrive-t-il lorsque dans cette prise de décision, le Canada décide de se fier sur des assurances diplomatiques considérées non fiables, offertes par certains États? Ou au contraire si le refus de porter assistance est motivé par le fait qu'il n'y a pas d'assurance, ne peut-on pas parler d'un effet extraterritorial indirect des lois d'un État à un autre?

Le Rapporteur spécial des Nations Unies sur la torture rappelle que:

²⁰⁸ Voir généralement : William Schabas, *The Abolition of the Death Penalty in International Law*, 2^e éd., Cambridge, Cambridge University Press, 1997.

²⁰⁹ Informations tirées du site Internet: <<http://www.humanrights.ch/home/fr/>>.

Les assurances diplomatiques ne sont ni fiables ni efficaces comme instruments de protection contre la torture et les mauvais traitements: ces assurances sont d'ordinaire recherchées auprès d'États où la pratique de la torture est systématique; les mécanismes de surveillance après le retour se sont révélés n'offrir aucune garantie contre la torture; les assurances diplomatiques n'étant pas juridiquement contraignantes, elles n'emportent par conséquent aucun effet juridique, ni aucune responsabilité en cas de manquement; enfin, la personne que ces assurances sont censées protéger n'a aucun recours si elles ne sont pas respectées²¹⁰.

Le sujet des assurances diplomatiques a déjà été largement couvert dans plusieurs jugements²¹¹ dont notamment lors de la décision du gouvernement canadien de procéder au renvoi de deux jeunes canadiens vers les États-Unis dans la cause *Burns*²¹². Nous avons décidé plutôt de traiter plus en détails la cause *Pacificador*²¹³ pour laquelle le Canada avait décidé, cette fois-ci, de demander des assurances diplomatiques, contrairement à la cause précitée. Il était, selon nous, encore plus risqué pour le Canada de procéder au renvoi de M. Pacificador en ce que le pays impliqué n'était non pas les États-Unis, un partenaire de longue date du Canada, mais les Philippines, qui avait une très mauvaise réputation en matière de respect des droits humains. Le tribunal a d'ailleurs souligné dans sa décision la chose suivante:

²¹⁰ Informations tirées du site Internet: <<http://www2.ohchr.org/english/issues/torture/rapporteur/>>.

²¹¹ *Suresh c. Canada (Ministère de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, *supra* note 24. Cet arrêt se rapporte toutefois aux mesures de renvoi en matière d'immigration.

²¹² *États-Unis c. Burns*, *supra* note 26. Il s'agissait ici de deux individus âgés de 18 ans, recherchés dans l'État de Washington pour trois chefs de meurtre au premier degré avec circonstances aggravantes. Après avoir évalué les circonstances particulières de la situation des intimés, notamment leur âge et leur nationalité canadienne, le ministre de la Justice du Canada a ordonné leur extradition conformément à l'art. 25 de la *Loi sur l'extradition* sans demander aux États-Unis, en vertu de l'article 6 du traité d'extradition entre les deux pays, des assurances que la peine de mort ne serait pas infligée ou que, si elle l'était, elle ne serait pas appliquée. La cour a conclu que l'examen des facteurs favorables et défavorables à l'extradition sans condition amène par conséquent à conclure que, sauf cas exceptionnels, les assurances prévues sont requises par la Constitution. La présente affaire ne présente aucune des circonstances exceptionnelles dont l'existence doit être démontrée.

²¹³ *Canada (Minister of Justice) c. Pacificador* (2002), 60 O.R. (3d) 685 (C.A.), permission d'appel refusée à la Cour suprême, [2002] S.C.C.A. No 390.

What troubles me is that the assurance, on its face, does not appear to meet head on the difficulty faced by the applicant. First, I note that the prosecution in the Philippines is under the control of the state authority, and not the authority of the federal government. Second, and more important, the impediment to a bail hearing and trial being conducted should the applicant be surrendered does not appear on its face to be the direct result of state action, but rather appears to flow from a judicial determination.(par. 33 [32])²¹⁴.

M. Pacificador est entré au Canada en 1987 et a demandé le statut de réfugié. Il a été demandé par les Philippines pour répondre à une accusation de meurtre d'un membre influent d'un parti politique. Le Canada a donc procédé à son arrestation en 1991 et les démarches en vue de son extradition vers son pays d'origine ont par la suite commencé²¹⁵. M. Pacificador a contesté son renvoi parce que, selon lui, il en était contraire à l'article 7 de la *Charte* et portait atteinte à ces droits. De plus, il ajoutait que si extradé, il serait soumis à de la torture et à des mauvais traitements aux Philippines.

Malgré ces arguments, le ministre de la Justice de l'époque a tout de même ordonné le renvoi en justifiant sa décision en ce que: le Canada est signataire de traités uniquement avec des États ayant des systèmes politique et judiciaire qui offrent aux personnes accusées des protections procédurales et qui respectent les droits humains; les conditions relatives aux droits humains se sont grandement améliorées aux Philippines depuis quelques années satisfaisant ainsi les standards canadiens en la matière et finalement le Canada peut se fier sur les garanties offertes par le gouvernement étranger soit que M. Pacificador recevrait un traitement juste et équitable, une fois dans son pays d'origine.

²¹⁴ *Canada (Minister of Justice) c. Pacificador*, *supra*, note 213 au para 33.

²¹⁵ Il est étonnant de remarquer que le processus d'extradition de M. Pacificador a débuté en août 1991, soit seulement 9 mois après qu'un traité d'extradition ait été conclu entre le Canada et les Philippines ayant vraisemblablement comme objectif primaire l'extradition de M. Pacificador.

Le ministre a malgré tout tenu à obtenir deux assurances de la part des Philippines²¹⁶ : tout d'abord, que la peine de mort ne serait pas imposée et que le procès de l'accusé devait être tenu dans l'année suivant son renvoi. Du point de vue ministériel, le renvoi de M. Pacificador combiné à ces deux assurances faisait en sorte que les droits fondamentaux étaient respectés et qu'il n'y avait ainsi aucune violation à l'article 7 de la *Charte*. Cependant, dans une analyse exhaustive du déroulement des procédures aux Philippines, le juge en arrive à une conclusion différente de celle du ministre de la justice. Il indique que le renvoi pour extradition de l'accusé est contraire à l'article 7 de la *Charte*:

Extradition is based upon principles of comity and mutual cooperation and respect between states. Extradition plays a vital role in the international community's effort to fight crime and to ensure those accused of serious wrongdoing are brought to trial. On the other hand, these important values are subject to the rights guaranteed by the Charter. Where an individual establishes that he or she would face a situation that would be "simply unacceptable" or that would "shock the conscience", a s. 7 claim has been established and a Ministerial surrender order must be set aside. (par. 60 [55]).²¹⁷

In my view, to surrender the appellant in the circumstances of this case would be "simply unacceptable". The foreign country's criminal procedures have been interpreted and applied in this very prosecution in a manner that "sufficiently shocks the conscience" that to surrender the appellant would violate his s. 7 right not to be denied life, liberty and security of the person except in accordance with the principles of fundamental justice. (par. 61 [56]).²¹⁸

Nous croyons que le Canada, par le biais des assurances diplomatiques demandées, a tenté de se détourner de ses obligations légales. En essayant de parvenir à la conclusion de tels accords avec les gouvernements de pays connus pour pratiquer la

²¹⁷ *Canada (Minister of Justice) c. Pacificador*, *supra*, note 213 au para 60.

²¹⁸ *Canada (Minister of Justice) c. Pacificador*, *supra*, note 213 au para 61.

torture et les autres mauvais traitements, le Canada remet en cause le système national et international de protection des droits humains en général. Le gouvernement canadien contourne ainsi l'interdiction absolue d'envoyer quelqu'un dans un pays où il court le risque bien réel de subir de graves violations des droits humains.

Bien que ces assurances semblent répondre parfaitement aux besoins de toutes les parties et respecter les garanties du droit international des droits de la personne, elles soulèvent néanmoins plusieurs difficultés dont le fait que même lorsque ces assurances sont données, leur application et leur efficacité demeurent problématiques. Certains États peuvent même refuser de donner de telles garanties.

Dans un rapport traitant des assurances diplomatiques, un organisme de défense des droits humains met en garde les États contre une grande confiance envers ces assurances:

When assessing the reliability of diplomatic assurances, an essential criteria must be that the receiving state does not practice or condone torture or ill-treatment, and that it exercises effective control over the acts of non-state agents. In all others circumstances it is highly questionable whether assurances can be regarded as providing indisputable safeguards against torture and ill-treatment²¹⁹.

Nous devons toutefois noter que l'impact et l'effectivité des assurances diplomatiques sont tributaires de la politique du ministre en place et de la pression dont il peut faire l'objet selon les gouvernements au pouvoir tant dans le pays requis que dans le pays requérant. Cependant, plus souvent qu'autrement, on décide d'écarter les droits individuels au nom de la collaboration frontalière.

²¹⁹ Human Rights Watch, «Still at Risk : Diplomatic Assurances no Safeguard Against Torture» (avril 2005), en ligne : <http://www.hrw.org/sites/default/files/reports/eca0405.pdf>.

2.2 L'extraterritorialité de la *Charte canadienne des droits et libertés*

Pour statuer sur l'application extraterritoriale de la *Charte*, il faut examiner les principes du droit international relatifs à la compétence et au pouvoir du Parlement d'adopter des dispositions de portée extraterritoriale. Tel que vu, la compétence se différencie du principe de la souveraineté des États, tout en étant partie intégrante. Les principes en matière de compétence découlent de l'égalité souveraine et de l'obligation corollaire de non-intervention. En tant que loi suprême du Canada, la *Charte* demeure sujette aux mêmes limites d'application que les autres textes législatifs ou réglementaires du pays. Qu'il soit de nature législative ou constitutionnelle, le droit canadien ne peut tout simplement pas être appliqué à l'étranger sans le consentement de l'État en cause.

Cette conclusion découle non seulement des principes du droit international, mais aussi du texte même de la *Charte*, dont l'article 32 qui précise qu'elle ne s'applique qu'aux domaines relevant du Parlement ou des législatures provinciales. S'il n'obtient pas le consentement de l'autre État, le Canada ne peut exercer sa compétence d'exécution lorsque l'objet de cette dernière se trouve sur le territoire de cet autre État. Les tribunaux ont dû à maintes occasions se pencher sur la question de l'application de la *Charte* et particulièrement hors le territoire canadien lorsque le Canada est appelé à offrir sa collaboration. Le droit étant en constante évolution, l'application des garanties juridiques de la *Charte* a évolué avec les situations factuelles présentées devant la Cour, mettant parfois en péril l'équilibre tant recherché entre les droits de l'individu et la coopération internationale.

2.2.1 Évolution des principes de justice fondamentale

L'interaction entre la coopération internationale et la *Charte* soulève effectivement des questions fondamentales sur la nature et le but des droits garantis par cette dernière²²⁰. Il y est également mis en lumière la relation entre le droit domestique et le droit international²²¹. Dans les cas d'extradition, par exemple, la Cour établit des distinctions prudentes : si la *Charte* (en particulier l'article 7) s'applique au processus d'extradition national lui-même ; la procédure et les peines à imposer au fugitif dans l'État requérant, elles, ne sont pas assujetties à son évaluation car il s'agirait là d'une application extraterritoriale interdite²²². Cependant, le sort de l'accusé dans l'État requérant est pertinent pour l'examen de l'article 7 de la *Charte* au Canada²²³, et les tribunaux ont légèrement estompé les frontières en statuant que l'extradition d'une personne qui fait face à une procédure ou une peine propre à «choquer la conscience» des Canadiens constitue une violation de l'article 7 par l'État canadien²²⁴. Donc, un refus d'extrader dans ces circonstances a des conséquences significatives sur la juridiction qui demande l'individu. Nous croyons que de cette façon, nous donnons à la *Charte* un effet extraterritorial. On applique la *Charte* à un processus légal domestique mais aussi à un processus légal international.

Il est également connu que le droit à un procès équitable est un principe de justice fondamentale²²⁵. Lorsqu'un élément de preuve est obtenu d'une manière qui ne respecte pas certaines conditions de base, son admission en preuve au Canada peut

²²⁰ *États-Unis c. Cotroni*; *États-Unis c. El Zein*, [1989] 1 R.C.S. 1469.

²²¹ *Canada c. Schmidt*, *supra* note 15.

²²² *Idziak c. Canada (Ministre de la Justice)*, [1992] 3 R.C.S. 631. Il est indiqué que la *Charte* ne s'applique pas aux actions des gouvernements étrangers mais bien au processus domestique de l'extradition. Cependant, il faut bien avouer que l'un aura des impacts sur l'autre. Donc, indirectement la *Charte* a un effet extraterritorial.

²²³ John Pak, «Canadian extradition and the death penalty: seeking a constitutional assurance of life» (1993) 26:1 Cornell Int'l L.J. 239 à la p. 3.

²²⁴ Thomas Rose, «A Delicate Balance: Extradition, Sovereignty and Individuals Rights in the United States and Canada» (2002) 27 Yale J. Int'l L. 193 à la p. 10.

²²⁵ *R. c. Seaboyer*, [1991] 2 R.C.S. 577, 603.

emporter la violation des droits reconnus par la *Charte*. La cour a alors le pouvoir discrétionnaire d'écarter cet élément de preuve.

Nous constatons qu'il y a une évolution de ces principes de justice fondamentale au cours des années. L'analyse ci-après nous permet de constater que la Cour suprême a fait certains choix afin de faciliter la coopération internationale au profit des droits codifiés par la *Charte*.

2.2.2 La Cour suprême du Canada et l'atteinte de l'équilibre recherché

Dans une série d'arrêts, la Cour a examiné la question de l'application extraterritoriale de la *Charte* à la collecte d'éléments de preuve à l'étranger ainsi qu'aux obligations du Canada de coopérer avec les membres de la communauté internationale. Nous pouvons conclure que la *Charte* est un instrument souple qui se prête à une interprétation contextuelle et qui permet d'apporter à un droit fondamental une restriction fondée sur un motif raisonnable.

2.2.2.1. R. c. Harrer

Question

Cette décision²²⁶ rendue par la Cour suprême en 1995, soit bien avant la réforme de la *Loi sur l'extradition*, pose le jalon des questions soulevées des limites de l'application territoriale de la *Charte* : est-ce que l'omission de la police américaine de se conformer à la loi canadienne, lors de la prise de la déclaration d'un individu, rend cette dernière inadmissible lors de son procès au Canada? Est-ce que les principes de justice fondamentale et le droit à un procès équitable permettent d'exclure des éléments de preuve obtenus à l'extérieur du Canada, si éventuelle utilisation dans une instance

²²⁶ *R. c. Harrer*, *supra* note 16.

judiciaire canadienne? Finalement, est-ce que la *Charte* trouve application hors le territoire canadien et si tel est le cas, les autorités étrangères sont-elles soumises à ses dispositions?

Les faits

Pendant qu'il était détenu à Vancouver et attendait d'être extradé vers les États-Unis pour répondre à des accusations criminelles, le petit ami de Harrer, Hagerman, s'est évadé. Une enquête débuta alors permettant d'apprendre que Harrer serait possiblement impliquée dans cette évasion; elle aurait été également reconnue coupable de voies de fait au Canada, et se trouverait illégalement aux États-Unis. Suite à cette information et conformément à la pratique générale, le bureau du Marshal a alerté les autorités américaines. Harrer fut arrêtée au motif qu'elle se trouvait illégalement au pays. Les agents américains ont procédé à l'arrestation de Harrer en ayant à l'esprit deux objectifs connexes: vérifier si Harrer était en règle avec les autorités de l'immigration et l'interroger relativement à l'évasion de Hagerman. Ils ont fait à Harrer les mises en garde requises par la loi américaine et l'ont notamment informée de son droit d'avoir recours à un avocat. En réponse aux questions sur les allées et venues de Hagerman, Harrer a admis sa participation.

La Cour suprême

La plus haute cour du pays avait alors à se pencher sur ces questions fort intéressantes. D'entrée de jeu, la cour fait une distinction avec ses jugements rendus par le passé.

Par 10 : Il n'y a là aucune contradiction ni avec les affaires d'extradition tranchées par notre Cour, ni avec l'arrêt *Spencer c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 278. Tous ces cas portaient soit sur l'application de la Charte au droit d'un autre pays, soit sur les activités d'agents d'un État étranger agissant dans le cadre de leurs fonctions dans leur propre pays. L'application de notre droit dans de telles circonstances aurait réellement pour effet de donner à la Charte une portée extraterritoriale inadmissible, comme je l'ai fait observer dans l'arrêt *Canada c. Schmidt*, [1987] 1 R.C.S. 500. Et, selon moi, rien dans *Kindler c. Canada*

(Ministre de la Justice), [1991] 2 R.C.S. 779 ne permet d'affirmer le contraire...En l'espèce, il est question d'un élément de preuve qui, bien qu'il ait été obtenu à l'étranger, doit être utilisé dans une instance au Canada.

La cour indique donc que: *suivant le par.32(1) de la Charte, seuls les gouvernements du Canada, des provinces et des territoires y sont assujettis. Dans le cas actuel, la Charte ne s'appliquait pas de façon directe aux interrogatoires qui ont lieu aux États-Unis parce que les autorités américaines n'agissaient pas pour le compte du gouvernement canadien: on parlait plutôt de collaboration*²²⁷. *De plus, conclure que les policiers américains ont violé les droits de la Charte au moment de l'arrestation de Harrer reviendrait à étendre l'application de la Charte au-delà de l'article 32*²²⁸ [nos italiques].

Par une gymnastique intellectuelle, la cour arrive à admettre la déclaration de l'accusée en déclarant que cela n'entraînerait pas en soi un procès inéquitable. La cour ajoute que la seule préoccupation demeure le caractère équitable du procès, qui doit être déterminé en conformité des principes du droit canadien dans le contexte particulier de l'affaire. Une différence entre les règles juridiques étrangères et celles prescrites par la *Charte* ne prouve pas que l'utilisation des éléments de preuve rendrait le procès inéquitable.

²²⁷ En effet, selon la trame factuelle, Harrer se trouvait illégalement aux États-Unis. Elle a été interrogée notamment afin de savoir si elle était en règle aux États-Unis. Cependant, nous tenons à souligner que l'interrogatoire avait un double objectif et bien évidemment Harrer serait soumise éventuellement à des questions connexes reliées à l'évasion de Hagerman.

²²⁸ Pour plus de commodités, nous reproduisons le texte de l'article 32:

32. (1) La présente charte s'applique:

- a) au Parlement et au gouvernement du Canada, pour tous les domaines relevant du Parlement, y compris ceux qui concernent le territoire du Yukon et les territoires du Nord-Ouest;
- b) à la législature et au gouvernement de chaque province, pour tous les domaines relevant de cette législature.

Discussion

Il peut toujours y avoir l'exercice du pouvoir discrétionnaire lorsque cela est nécessaire afin de donner effet au droit à un procès équitable garanti par la *Charte*. En un mot, il n'est pas nécessaire de recourir à l'article 24(1) ou (2)²²⁹. Dans de telles circonstances, l'élément de preuve est écarté pour respecter l'impératif constitutionnel garantissant le droit à un procès équitable²³⁰.

La majorité essaye par la suite de se conforter en mentionnant que les États peuvent arriver à des équilibres différents, par ailleurs équitables, et ce, en conformité avec les principes de justice fondamentale²³¹. Une question se pose : est-ce que le fait d'écarter l'application de la *Charte* à l'extérieur du Canada pourrait avoir pour effet de restreindre la protection à laquelle les Canadiens sont en droit de s'attendre en ce qui concerne la violation de leurs droits par le gouvernement? La Cour a répondu la chose suivante :

Par 50 : Les personnes qui voyagent dans un pays étranger doivent observer les lois de ce pays et reconnaître que ce sont ses lois et ses procédures qui y régiront leur existence. Les voyageurs en pays étranger sont également censés savoir que les officiers de police de divers pays coopèrent les uns avec les autres, qu'il existe des traités d'extradition et que les éléments de preuve recueillis dans un pays peuvent être utilisés dans un autre. Lorsque ces

²²⁹ Aux fins de commodités, nous reproduisons le texte de l'article 24 de la Charte:

24. (1) Toute personne, victime de violation ou de négation des droits ou libertés qui lui sont garantis par la présente charte, peut s'adresser à un tribunal compétent pour obtenir la répartition que le tribunal estime convenable et juste eu égard aux circonstances.

(2) Lorsque, dans une instance visée au paragraphe (1), le tribunal a conclu que des éléments de preuve ont été obtenus dans des conditions qui portent atteinte aux droits ou libertés garantis par la présente charte, ces éléments de preuve sont écartés s'il est établi, eu égard aux circonstances, que leur utilisation est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice.

²³⁰ À la différence de l'arrêt *Kindler*, *supra* note 201 où la procédure est une initiative prise par les autorités américaines contre un citoyen américain, pour un crime prévu par le droit américain et commis aux États-Unis. Aux États-Unis, la règle veut que tout élément de preuve recueilli à l'étranger soit admissible, sauf s'il a été obtenu d'une manière qui choque la conscience. Voir à ce sujet: *U.S. v. Toscanino*, 500 F.2d 267 (2d Cir.1974) et *U.S. v. Hensel*, 509 F. Supp.1364 (1981).

²³¹ Encore une fois, cet exercice demeure discrétionnaire de la part des tribunaux. Aucun canevas n'a été élaboré afin de justifier ou non l'admissibilité d'un élément de preuve. Il est alors loisible pour la cour de pondérer certains droits face à nos obligations sur la scène internationale.

circonstances sont prises en considération, la prétendue iniquité dans la façon dont *Harrer* a été traitée disparaît.

Est-ce que ce n'est pas dire que l'on décide d'appliquer la *Charte* lorsque bon nous semble, au profit de relations ou de coopération interétatique et ce au détriment des droits des individus? Ce passage de la Cour semble, à tout le moins, illustrer ce point.

Par 15 : Si nous insistions pour que les autorités étrangères suivent nos procédures internes relativement à l'obtention de la preuve et faisons du respect de ces procédures une condition de l'admissibilité au Canada de la preuve ainsi recueillie, cela ferait obstacle à la coopération qui doit exister entre les services policiers et organismes chargés des poursuites des différents pays du monde

Finalement, nous nous questionnons sur le point suivant: en voulant contourner les exigences de la *Charte* ne serait-il pas trop facile, de demander à l'État autre de prendre la déclaration du suspect de sorte que si certains droits fondamentaux étaient écartés, il n'y aurait pas d'exclusion d'élément de preuve parce la *Charte* ne s'applique pas aux agents de police étrangers? En effet, en n'ayant pas à suivre nos procédures légales, les agents de police, sous le couvert de la coopération internationale, peuvent passer outre à certains droits humains, tout en étant justifiés d'agir en conformité avec leur droit interne.

2.2.2.2 *R. c. Terry*

Question

Cette décision²³² de la Cour suprême fut rendue un an après la décision de *Harrer*. Encore une fois, le principe de l'applicabilité de la *Charte canadienne* à l'étranger est mis à l'épreuve. La question soulevée est la suivante : il s'agit de savoir si, en vertu

²³² *R. c. Terry*, *supra* note 17.

du paragraphe 24(2) de la *Charte*, l'omission de policiers d'un autre pays de se conformer aux exigences de la *Charte* rend inadmissibles les éléments de preuve recueillis, dans un procès ultérieurement tenu au Canada.

Les faits

L'accusé avait été arrêté aux États-Unis en vertu d'un mandat d'extradition pour un meurtre commis au Canada. Les agents de police canadiens avaient demandé à leurs collègues américains d'informer l'accusé de ses droits qui lui étaient garantis aux États-Unis. Bien qu'ils se soient conformés à toutes les exigences légales américaines, les policiers américains n'ont pas satisfait à l'exigence, contenue dans la *Charte canadienne des droits et libertés*, qu'une personne soit informée de son droit à l'assistance d'un avocat dès qu'elle se trouve en détention. Lors de son procès au Canada, la déclaration obtenue par les policiers américains de même que les objets confisqués ont été admis en preuve. La cour avait conclu à l'admissibilité de la déclaration et avait fait remarquer que malgré la collaboration entre les divers corps de police, les Américains ne pouvaient être assujettis aux exigences prévues par notre système légal, car cela aurait porté atteinte au principe de souveraineté des États et dérogerait ainsi à la courtoisie internationale.

La Cour suprême

Dans sa décision, la cour a immédiatement rappelé le principe que l'État n'a de compétence que pour faire appliquer ses lois à l'intérieur de ses propres frontières territoriales. Elle réitère qu'en vertu des traités bilatéraux d'entraide juridique, les mesures demandées à l'État qui prête assistance sont prises conformément à ses propres lois et non celles de l'État requérant. Donc, les enquêtes sont régies par les lois du pays où l'activité en question se déroule. La cour réitère qu'elle a

[...] confirmé à maintes reprises les limites territoriales imposées aux lois canadiennes par les principes de la souveraineté des États et de la courtoisie

internationale. Dans l'arrêt *Singh c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1985] 1 R.C.S. 177, la protection que la Charte offre aux réfugiés a été confinée à l'intérieur des frontières du Canada. Puis, dans l'arrêt *R. c. Finta*, [1994] 1 R.C.S. 701, à la p. 806, le juge Cory a confirmé que le par. 6(2) du Code reflète le principe «suivant lequel un État est le seul à pouvoir exercer sa souveraineté à l'égard de toutes les personnes, citoyens ou étrangers, et de tous les biens, mobiliers ou immobiliers, situés sur son propre territoire». Dans l'arrêt *Libman c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 178, à la p. 183, le juge La Forest confirme, au nom de la Cour, que «[l]e fondement premier de la compétence en matière criminelle est territorial». Et dans le contexte du droit de la responsabilité délictuelle, le juge La Forest écrit dans l'arrêt *Tolofson c. Jensen*, [1994] 3 R.C.S. 1022, aux pp. 1050 et 1051:

Les gens s'attendent habituellement à ce que leurs activités soient régies par la loi du lieu où ils se trouvent et à ce que les avantages et les responsabilités juridiques s'y rattachant soient définis en conséquence. Le gouvernement de ce lieu est le seul habilité à régir ces activités. Les autres États et les étrangers partagent normalement les mêmes attentes.²³³

De plus, elle indique que la Charte peut encore moins régir la conduite de policiers étrangers qui coopèrent officieusement avec la police canadienne. *La décision personnelle d'un policier ou d'un organisme étranger d'aider la police canadienne ne peut diminuer l'exclusivité de la souveraineté d'un État étranger sur son territoire, où seules ses lois régissent le maintien de l'ordre. Les personnes qui recueillent des éléments de preuve dans un pays étranger sont tenues de respecter les règles de ce pays, et aucune autre règle. La cour déclare donc qu'il n'est pas nécessaire de déterminer si les policiers américains agissaient comme mandataires de la police canadienne*²³⁴ [nos italiques].

²³³ *R. c. Terry*, *supra* note 17 au para. 16.

²³⁴ Voilà une belle illustration de la coopération policière. Il est intéressant de noter que l'accusé Terry a fait l'objet d'un mandat d'arrestation pancanadien (mesure officielle) simplement après les échanges entre les corps policiers du Canada et des États-Unis. On voulait dès lors régulariser la situation et rendre le processus d'entraide judiciaire conforme. On peut constater une forme de coopération policière, l'échange d'informations, s'installer dès le départ pour ensuite faire face au processus, plus long, bureaucratique, des demandes officielles. Les agents américains sont des exécutants des décisions des agents canadiens; on a demandé l'assistance des États-Unis afin de procéder à l'interrogatoire, ce sont également des policiers américains qui ont demandé le mandat de perquisition suite à la déclaration obtenue.

Discussion

Voilà qui est bien différent de la décision de *Harrer*²³⁵.

Une question se pose : à quel moment agit-on pour le compte du gouvernement de l'État qui demande de l'assistance? Dans la cause *Terry*²³⁶, la cour a déclaré que les agents américains n'agissaient pas à titre de mandataires. Pourtant, selon la trame factuelle présentée, les Américains ont émis le mandat d'arrestation, la police américaine a arrêté l'individu, lui a donné ses droits constitutionnels, procédé à son interrogatoire, demandé un mandat de perquisition afin d'aller chercher des éléments de preuve additionnels... Quels gestes supplémentaires auraient dû alors être accomplis pour que cela ne soit pas le cas?

2.2.2.3 *Schreiber c. Canada (Procureur général)*

Question

La Cour devait alors décider si les conditions d'obtention d'un mandat de perquisition au Canada auraient dû être remplies au préalable.

Les faits

Citoyen canadien, M. Schreiber²³⁷ était titulaire de comptes bancaires en Suisse. Le ministère fédéral de la Justice avait sollicité l'assistance des autorités suisses dans le cadre d'une enquête criminelle canadienne. Aucun mandat de perquisition ni aucune autre autorisation judiciaire n'avait été obtenu au Canada avant la demande. La Suisse

²³⁵ *R. c. Harrer*, *supra*, note 16. En effet, la cour avait noté que la *Charte* ne s'appliquait pas de façon directe aux interrogatoires ayant lieu aux États-Unis parce que les autorités américaines n'agissaient alors pour le compte d'aucun gouvernement canadien et ce, même s'il y avait eu coopération interétatique.

²³⁶ *R. c. Terry*, *supra*, note 17.

²³⁷ *Schreiber c. Canada (Procureur général)*, *supra*, note 18.

avait accepté tout de même de prêter son concours, et la saisie de documents et de dossiers relatifs aux comptes de M. Schreiber avait été ordonnée.

La Cour suprême

Auteure de la décision majoritaire, la juge L'Heureux-Dubé a conclu que l'envoi d'une lettre de demande à un État étranger n'était pas assujéti aux exigences de l'article 8 de la *Charte*²³⁸, l'article 32 limitant l'application de la *Charte* aux mesures prises par le Parlement, le gouvernement du Canada, une législature provinciale ou le gouvernement d'une province. Toutes les mesures de coercition portant atteinte à la vie privée de Schreiber ont été prises en Suisse, et ce par les autorités de cet État. La Cour ajoute que le fait d'établir une distinction entre les mesures des autorités canadiennes qui ne faisaient pas intervenir la *Charte*, d'une part, et celles des autorités suisses qui auraient déclenché son application si elles avaient été prises par les autorités canadiennes, d'autre part, est compatible avec la jurisprudence en ce qui concerne la participation du Canada à des enquêtes et poursuites criminelles internationales. Dans ses motifs concordants, le juge Lamer a conclu que la *Charte* s'appliquait aux actes des fonctionnaires canadiens qui avaient rédigé et envoyé la lettre de demande.

Discussion

La Cour se conforte par le fait que la fouille et ses résultats seront assujettis ultérieurement à un procès tenu au Canada. Donc, s'il y a lieu, le tribunal pourra exclure la preuve qui aurait été obtenue illégalement en vertu d'une requête de *Charte* à cet effet. Voilà qui est troublant comme raisonnement parce que la fouille est somme toute un acte accompli par le gouvernement étranger mais tout de même initié par le gouvernement canadien. Lorsque la Cour mentionne que les mesures de contrainte étatique ont été prises par le gouvernement étranger, il faut bien

²³⁸ Aux fins de commodités, nous reproduisons l'article 8 de la Charte.

Art 8. Chacun a droit à la protection contre les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives.

comprendre et réaliser que c'est sous l'ordre du Canada. Sans cette demande, le gouvernement suisse n'aurait jamais exécuté cet acte. Donc, dire que la fouille est un acte du gouvernement étranger devient sournois comme raisonnement parce que soulignons-le, il est initié par le gouvernement du Canada.

De plus, lors du procès, la Cour pourra par ailleurs toujours décider qu'il n'y a pas eu de réel préjudice et admettre la preuve en disant qu'il n'y a pas d'inéquité et que la preuve demeure fiable. Donc, dans cet exercice de balancier entre la protection conférée aux droits et libertés individuelles et les intérêts de l'État, les droits de l'individu sont souvent relégués en second plan.

2.2.2.4 *R. c. Cook*

Question

La Cour²³⁹ est appelée à trancher les questions suivantes:

- (1) La *Charte canadienne* s'applique-t-elle à la déclaration de l'accusé réalisée par des policiers canadiens aux États-Unis et ce, dans le cadre d'une enquête pour une infraction commise sur le territoire canadien et en vue de poursuites pénales au Canada?
- (2) Dans l'affirmative, est-ce qu'il y a eu violation de la *Charte*?
- (3) S'il y a une telle violation de la *Charte*, la déclaration doit-elle être écartée en vertu du par. 24(2) de la *Charte*?

Les faits

L'accusé, un citoyen américain²⁴⁰, a été arrêté aux États-Unis suite à un mandat émis par les autorités américaines. Cette requête faisait suite à une demande d'extradition

²³⁹ *R. c. Cook, supra* note 19.

des autorités canadiennes pour un meurtre commis au Canada. Lors de son arrestation, la mise en garde de type *Miranda*²⁴¹ a été lue par les agents de police américains et l'accusé a déclaré comprendre ses droits.

Les détectives canadiens se sont alors rendus aux États-Unis. Ils ont interrogé l'accusé mais n'ont cependant pas vérifié au préalable auprès des autorités américaines si ce dernier avait demandé un avocat. L'accusé a fait une déclaration non-incriminante mais qui, lors de son procès au Canada, a été utilisée afin de miner sa crédibilité en contre-interrogatoire. Les juges avaient statué que la *Charte* s'appliquait aux actes des agents de police canadiens, de sorte que la preuve aurait dû être écartée car en contravention des droits contenus dans la *Charte*. En conséquence, un nouveau procès a été ordonné.

La Cour suprême

La Cour, par les voix des juges Lamer, Cory, Iacobucci, Major et Binnie, a conclu que la *Charte* s'applique aux actes accomplis par les détectives canadiens qui ont

²⁴⁰ Ici, l'accusé est citoyen américain. Si on examine attentivement les dispositions de la *Charte canadienne*, on constate que l'on fait référence à tout citoyen canadien. Est-ce qu'il n'y a pas ainsi défaut d'application dès le départ? Tout le raisonnement juridique est basé sur la présomption que l'appelant était titulaire des droits garantis par la *Charte* alors que: 1) il n'était même pas au Canada et 2) ni même un citoyen canadien au moment de la présumée violation de ses droits. Si une personne invoque un droit garanti, elle doit vraisemblablement être titulaire de ce droit en vertu de la Constitution canadienne.

²⁴¹ Dans *Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 436 (1966), la Cour suprême des États-Unis s'est penchée sur les garanties contre l'auto-incrimination accordées par le cinquième amendement et a déclaré que les personnes se trouvant sous la garde des policiers avaient le droit d'être informées expressément de leur droit de consulter un avocat désigné pour eux si elles n'ont pas les moyens financiers de rémunérer un avocat. D'après l'arrêt *Miranda*, les policiers sont tenus d'informer les suspects arrêtés ou mis en détention de quatre éléments principaux : le droit de garder le silence, le principe selon lequel tout ce que dit le suspect pourrait être utilisé contre lui devant une cour de justice, le droit à un avocat et, dans le cas où le suspect n'aurait pas les moyens d'en retenir un, le droit d'avoir un avocat commis d'office avant d'être interrogé. Voir Ministère de la Justice du Canada, «Analyse des services d'avocats de garde requis selon l'arrêt *Brydges*» (8 janvier 2010), en ligne : Ministère de la Justice du Canada <http://www.justice.gc.ca/fra/pi/rs/rap-rep/2003/rr03_aj4-rr03_la4/p4.html>.

interrogé l'accusé aux États-Unis²⁴². Comme les policiers étaient des ressortissants canadiens le par.32(1) rendait la Charte applicable à leurs actes à l'étranger, leur nationalité fondant la compétence du Canada, mais à la condition qu'il n'y ait pas d'atteinte à l'autorité souveraine de l'autre État et que cela ne produise pas d'effet extraterritorial inacceptable. De plus, le procès devant ultérieurement se tenir au Canada, cela ne représentait pas, selon la Cour, une ingérence inacceptable dans l'exercice de la compétence d'un autre État²⁴³[nos italiques]

Pour leur part, les juges Bastarache et Gonthier arrivent à une conclusion similaire mais en se fondant sur d'autres motifs que leurs collègues: *La Charte peut trouver application à l'étranger mais en considération du rôle et des fonctions accordées aux policiers canadiens. Lorsqu'un policier canadien se rend dans un autre pays, il demeure toujours soumis à la Charte, qu'il exerce ou non le pouvoir de contrainte de l'État. Selon la Cour, ce qui est essentiel, c'est de déterminer qui dirigeait l'aspect de l'enquête et qui est présumé avoir porté atteinte aux droits prévus par la Charte. Lorsque l'atteinte est imputable aux autorités canadiennes, ces dernières sont soumises à la Charte²⁴⁴ [nos italiques].*

Par exemple, si lors d'enquêtes policières communes, ils étaient responsables de la collecte de la preuve et violeraient leurs obligations en regard de la *Charte*, cela ne créerait pas d'effets extraterritoriaux inacceptables, parce que le principe se fonderait sur celui de la territorialité objective, le Canada ayant un lien réel et substantiel à l'affaire en question. L'application de ce principe pourrait produire des effets

²⁴² On constate une contradiction avec l'énoncé dans *R. c. Terry*, *supra* note 17, où la Cour avait indiqué que l'État n'a de compétence que pour faire appliquer ses lois à l'intérieur de ses propres frontières territoriales.

²⁴³ *R. c. Cook*, *supra* note 19, résumé des paragraphes 1-79.

²⁴⁴ *R. c. Cook*, *supra* note 19 résumé des paragraphes 1-38 (deuxième partie du jugement)

extraterritoriaux simplement si l'État d'accueil avait un lien de connexion plus important que celui du Canada.

Les juges L'Heureux-Dubé et McLachlin sont dissidentes et fondent leur analyse sur la jurisprudence de la Cour, mais aussi sur l'application de l'article 32 de la *Charte* en faisant un test à deux volets. *En premier lieu, l'acte qui est censé avoir violé les droits prévus par la Charte doit avoir été accompli par l'un des acteurs gouvernementaux énumérés à l'article 32. En second lieu, s'il y a coopération à l'étranger entre fonctionnaires canadiens et autres, cet acte n'entraînera pas l'application de la Charte même s'il est imputable à l'un des acteurs visés à l'article 32. Ici, la cour rappelle que l'enquête policière a été conduite par le gouvernement étranger et que les activités policières canadiennes n'entraient pas sous l'autorité du parlement. Donc, la Charte ne s'appliquait pas aux agents de police canadiens et la preuve devait donc être exclue conformément aux enseignements de la jurisprudence Harrer et Terry*²⁴⁵ [nos italiques].

Discussion

Tout d'abord, analysons la position de la majorité. Le droit international permet aux États d'invoquer la nationalité de la personne soumise à la loi nationale comme titre valide de compétence. Le champ d'application de la *Charte* n'est pas absolument limité au territoire canadien. Elle s'applique à l'étranger dans les cas où l'acte reproché est visé par l'article 32 en raison de la nationalité des autorités policières de l'État qui participent aux actes du gouvernement, et où l'application des normes imposées par la *Charte* n'entre pas en conflit avec la compétence territoriale concurrente de l'État étranger.

²⁴⁵ R. c. Cook, *supra* note 19 résumé des paragraphes 80-114.

Alors que la majorité met préséance sur le facteur de l'acteur, certains autres juges considèrent plutôt que c'est l'acte reproché qui doit faire en sorte de fonder ou non l'application de l'article 32 de la *Charte*. Cependant, comment savoir quel principe doit primer sur l'autre? Encore une fois, cette analyse relève du pouvoir discrétionnaire de la cour qui peut ainsi décider si les obligations internationales du Canada ont préséance.

À la lecture du jugement, on conclut que la Cour a dégagé, dans son analyse des faits, un critère fondé sur la collaboration policière inter-étatique pour déterminer si la *Charte* s'applique ou non et a donc de ce fait un effet extraterritorial. Est-ce que la collaboration entre fonctionnaires canadiens et étrangers devient dès lors le critère décisif pour décider de l'application de la *Charte*? Dans cet arrêt, citant les remarques énoncées dans l'arrêt *Terry*²⁴⁶, la Cour indique que toute collaboration écarte totalement l'application de la *Charte* parce que sans collaboration cela reviendrait à dire que les autorités canadiennes imposeraient leurs normes à l'étranger, portant donc ainsi grandement atteinte à la souveraineté de l'État autre.

Les juges ont également conclu que la *Charte* ne s'applique pas lorsque les normes du droit pénal canadien seraient imposées aux fonctionnaires de l'État autre ou qu'elles auraient préséance sur les règles de procédure. En effet, il faut demeurer logique : s'il y a application de la *Charte*, il en est de même de ses exigences. L'application de la *Charte* se doit d'être intégrale, entière et non simplement une application partielle ou choisie en fonction du cas d'espèce. Les garanties juridiques que l'on retrouve dans la *Charte* n'interdisent en rien les actions des fonctionnaires canadiens. Il s'agit plutôt de principes directeurs qui peuvent aider les tribunaux lors de leur analyse et ainsi de voir leur application aux faits de l'espèce.

²⁴⁶ *R. c. Terry*, *supra* note 17 au para. 54.

La Cour note qu'il est raisonnable de s'attendre à ce que les policiers canadiens respectent les normes consacrées par la *Charte* mais qu'obliger les étrangers à respecter les normes canadiennes imposées par la *Charte* serait une ingérence dans l'exercice de la compétence étrangère²⁴⁷. Cependant, nous nous questionnons sur la différence que cela peut avoir si les policiers étrangers sont mandataires des autorités canadiennes. L'accusé n'est-il pas en droit d'avoir les mêmes attentes?

2.2.2.5 *R. c. Hape*

Question

La *Charte canadienne* s'applique-t-elle aux fouilles, perquisitions et saisies effectuées à l'étranger par des policiers canadiens? Dans la négative, la preuve obtenue à l'étranger doit-elle être écartée au motif que son admission rendrait le procès inéquitable?

Les faits

M. Hape²⁴⁸ est un homme d'affaires canadien soupçonné de blanchiment d'argent et possédant une société d'investissement établie aux îles Turquoises. Une partie de l'enquête de la GRC s'y est d'ailleurs tenue en collaboration avec le commissaire L, responsable des enquêtes criminelles de l'archipel. Ce dernier a autorisé la GRC à poursuivre son enquête sur le territoire, mais il a précisé aux agents qu'il en conserverait la responsabilité et que la GRC serait soumise à son autorité. Sur une période d'un an, les agents de la GRC ont fouillé et perquisitionné les locaux de l'accusé dans l'archipel, toujours en présence du commissaire. Au procès, le ministère public a déposé les éléments de preuve documentaire alors recueillis. Les

²⁴⁷ Nous sommes en accord avec cet énoncé, qui demeure par ailleurs incomplet. Bien évidemment, les policiers doivent respecter la *Charte* mais qu'en est-il lorsque ces derniers se trouvent à l'étranger ou sous la supervision de collègues étrangers lors d'enquêtes?

²⁴⁸ *R. c. Hape*, *supra* note 20.

agents de la GRC ont témoigné qu'ils avaient été conscients qu'aucun mandat n'autorisait la perquisition périphérique des locaux de l'accusé, mais qu'ils s'étaient fiés à l'expertise et aux dires de L quant aux exigences juridiques applicables à une enquête dans l'archipel.

L'accusé a demandé que la preuve documentaire soit écartée car obtenue en contravention de la *Charte* et ce, au motif qu'elle avait été obtenue au mépris de son droit à la protection contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives garanti à l'article 8 de la *Charte*. Il a soumis à la Cour que la *Charte* s'appliquait aux agents de la GRC lorsque les locaux avaient été soumis à la fouille, perquisition et saisie et ce, même si l'opération n'avait pas lieu au Canada.

La Cour suprême

Cette cause entendue par la totalité des juges de la Cour a suscité beaucoup d'échos auprès de la communauté juridique. En effet, le pourvoi fut rejeté²⁴⁹ mais pour des raisonnements différents, allant même en complète contradiction.

²⁴⁹ Nous avons eu accès au mémoire de l'appelant, déposé lors de l'audition en Cour suprême. Les arguments au soutien de la prétention que la *Charte* a une application extraterritoriale sont les suivants:

- Para. 14, p. 9: «This investigation was an R.C.M.P. from start to finish. The searches were a product of an investigation that was completely planned by the R.C.M.P.
- The R.C.M.P. planned, conducted and executed the massive invasion of privacy upon the B.W.I.T. (British West Indies Trust) business premises in the Turk & Caicos with merely the nominal assistance amounting to little more than mere presence of any non-Canadian police officer.
- Those actions were an integral part of the Canadian police operation and investigation regarding the Appellant and carried out the purposes of that Canadian police operation.
- The R.C.M.P. supplied all of the equipment and expertise utilized in the searches.
- The Turk & Caicos police did not take any active role or interest in the investigation.
- The actual searching and seizing was conducted by the R.C.M.P. and these are the actions that are made subject to Charter scrutiny. The R.C.M.P. conducted the investigation in a manner evidencing their complete control of the operation. The application of the Charter given the almost non-existent role of the Turk & Caicos authorities does not in any way interfere with that nation's sovereign authority».

Par le biais de ses arguments, l'appelant voulait démontrer à la cour que la *Charte* devait s'appliquer et ce même hors du territoire canadien. En mentionnant que l'enquête relevait de la GRC, que les fouilles et perquisitions étaient sous sa supervision et responsabilité, l'appelant tente de démontrer que ses actions sont sujet à un examen en vertu de la *Charte*. Du fait que la GRC a eu le contrôle complet des opérations réalisées sur l'île et que les forces policières étrangères avaient un rôle plutôt d'observateurs,

La majorité des juges considère que la détermination de la portée de la *Charte*, par son libellé, doit tendre à assurer le respect des obligations internationales du Canada en droit international. La *Charte* ne s'applique donc généralement pas aux fouilles, aux perquisitions et aux saisies hors frontières. Il peut y avoir application de la *Charte* à l'étranger si et seulement s'il y a consentement de l'État en cause.

Effectivement, en vertu de l'exercice propre du principe de la souveraineté, un État a droit d'échapper à toute ingérence étrangère sur son territoire. On réitère le fait que les exigences de la *Charte* ne peuvent s'appliquer à une enquête menée dans un autre pays par des policiers canadiens et étrangers. Une activité criminelle non confinée au territoire canadien doit s'attendre à être régie par les lois du pays où elle se trouve. Toutefois, on ne peut écarter complètement les droits individuels au nom de la collaboration transfrontalière.

Cette décision sur la portée véritable de la *Charte*, en particulier sur le plan territorial, a été partagée par les juges composant la plus haute cour du pays. Un premier groupe de juges composé par la juge en chef McLachlin, les juges Lebel, Deschamps, Fish et Charron, déclare que les droits de l'accusé ayant fait l'objet d'une enquête à l'étranger doivent être pris en considération mais que cela n'équivaut pas nécessairement à ce que ce même accusé puisse bénéficier de la protection accordée par la *Charte*.

La méthode élaborée reprend essentiellement la position de la juge L'Heureux-Dubé dans l'arrêt *Cook*²⁵⁰.

on soutient que l'application de la *Charte* n'interfère pas avec la souveraineté de cet État et qu'il y ait eu par le fait même un consentement implicite à ce qu'il y ait ingérence sur le territoire.

²⁵⁰ R. c. *Cook*, *supra* note 19.

Afin de savoir si la *Charte* s'applique à une enquête à l'étranger, il s'effectue alors un test en deux étapes:

-Est-ce que l'acte tombe sous le coup de l'article 32(1) de la *Charte* et est donc soumis à cette dernière?

-Si c'est le cas, est-il accompli par un acteur étatique canadien et est-ce que cette exception au principe de la souveraineté justifie l'application de la *Charte* aux activités extraterritoriales de l'acteur étatique?

Dans *R. c. Hape*, les juges affirment que «[l]e tribunal [devra ultérieurement] déterminer si la preuve obtenue lors de l'enquête à l'étranger doit être écartée au motif qu'elle est de nature à compromettre l'équité du procès. *Dans la présente affaire, les policiers étaient clairement des acteurs étatiques auxquels s'appliquait à première vue la Charte, mais les mesures prises aux îles Turquoises n'appartenaient pas à un domaine relevant du Parlement*²⁵¹» [nos italiques]. Donc, le droit de l'État s'applique, sous réserve du droit à un procès équitable au Canada.

Pour en arriver à cette conclusion, la Cour fonde son analyse sur les principes du droit international régissant la compétence extraterritoriale²⁵² et sur les diverses assises à partir desquelles cette compétence extraterritoriale peut s'exercer. *L'exercice de la compétence de l'État peut prendre diverses formes soit la compétence normative qui confère le pouvoir d'adopter des lois qui ont un effet extraterritorial. Cette compétence existe s'il y a un lien important et réel entre le pays qui adopte la loi et la question visée par cette loi. La seconde forme de compétence extraterritoriale est la compétence d'exécution, qui permet de recourir à des moyens coercitifs pour faire respecter règles ou droits. La dernière forme de compétence extraterritoriale est la compétence juridictionnelle, qui consiste dans le pouvoir des tribunaux d'un État de*

²⁵¹ *R. c. Hape*, *supra* note 20, résumé des paragraphes 1-122.

²⁵² La compétence extraterritoriale est régie par le droit international et ne relève pas de la seule volonté des États individuels.

*régler des différends ou d'interpréter la loi au moyen de décisions ayant force obligatoire*²⁵³ [nos italiques].

Un deuxième groupe de juges, composé des juges Bastarache, Abella et Rothstein en arrive à la même conclusion mais pour des raisons très différentes et même contradictoires.

Il est mentionné que *la Charte ne s'applique pas aux policiers canadiens parce que l'enquête est menée dans un autre pays qui a conservé la responsabilité de l'enquête. On estime aussi que la Charte devrait s'appliquer aux actes des représentants canadiens participant à une opération à l'étranger dans les cas où l'État d'accueil ne participe aucunement à une enquête, ni n'assujettit les agents à ses propres lois*²⁵⁴ [nos italiques].

Suite à cet énoncé, on se pose la question suivante: qu'en est-il lorsque l'État d'accueil participe à l'enquête sur son territoire et décide de soumettre les autorités canadiennes à ses lois? Est-ce que la *Charte* continue de s'appliquer aux policiers canadiens, qui agissent alors à l'extérieur du territoire canadien? Ne devient-il pas compliqué et d'une certaine façon ingérable, lors d'enquêtes conjointes, à ce que certains corps policiers doivent suivre une application du droit canadien alors que leurs collègues ne le soient pas?

Finalement, une troisième opinion exprimée par le juge Binnie énonce plutôt que l'analyse doit être faite à partir de critères dégagés par l'arrêt *Cook*. Il déclare qu'en choisissant d'exercer ses activités financières aux îles Turquoises, l'accusé est présumé avoir accepté le degré de protection assuré par le droit de l'archipel. Toujours selon lui, il appert que la superposition du droit canadien et du droit des îles

²⁵³ *R. c. Hape*, *supra* note 20, au para. 58.

²⁵⁴ *R. c. Hape*, *supra* note 20, résumé des paragraphes 123-180.

en matière de fouilles, perquisitions et de saisies poserait des problèmes insurmontables. Il convient plutôt «*que la Charte ne s'applique pas aux actes de la GRC car les éléments de preuve ont été saisis sous l'autorité du service policier local, conformément au droit local. Il est également d'accord que l'application de la Charte à la conduite des policiers canadiens dans les îles Turks et Caicos aurait un effet extraterritorial inacceptable, car elle constitue une atteinte à la souveraineté de ce pays*²⁵⁵» [nos italiques].

Discussion

Pourtant, selon certains juges, il est clair que l'article 32 de la *Charte* étend son application, aux policiers canadiens en mission à l'étranger, lorsque l'État d'accueil y consent. Sous la plume du juge Bastarache, il appert du dossier que la superposition du droit canadien et du droit étranger en matière de fouilles, perquisitions et saisies causerait des problèmes insurmontables. En effet, il serait utopique de penser que l'on pourrait avoir une seule et unique procédure criminelle uniforme et organisationnelle qui pourrait être acceptée par tous les États.

Dans le cas actuel, il n'y a pas eu accord de l'État d'accueil à l'application de la *Charte*. Les îles Turquoises ont conservé l'entière responsabilité de l'enquête. Les agents canadiens y étaient plutôt des exécutants malgré que les policiers étaient des acteurs étatiques auxquels s'appliquait à première vue la *Charte*. Ce qui est étrange, est plutôt la conclusion de la Cour à l'effet qu'il n'y a pas d'application extraterritoriale de la *Charte* et ce malgré que les policiers soient canadiens, que l'enquête soit pour le compte du Canada et que le procès s'y déroulera ultérieurement. On rappelle ce qui avait été soulevé dans la cause *Schreiber*²⁵⁶, soit qu'en choisissant de s'établir à l'étranger, l'accusé devait s'attendre à ce qu'un autre droit régisse l'enquête. Il ne pouvait donc s'attendre à bénéficier de la protection accordée par la *Charte*. Les

²⁵⁵ *R. c. Hape*, *supra* note 20, résumé des paragraphes 181-192.

²⁵⁶ *Schreiber c. Canada (Procureur général)*, *supra* note 18.

arguments militant du fait que l'accusé Hape avait droit à une expectative de vie privée relativement à ses documents vis-à-vis du gouvernement canadien, peu importe l'endroit où se trouvaient localisés ses comptes, n'ont pas beaucoup de poids et ce, malgré que la fouille, perquisition et saisie demeuraient ultimement un acte du gouvernement canadien mais supervisé par les autorités étrangères.

2.2.3 Nouvelle interprétation jurisprudentielle

Depuis l'arrêt *Cook*²⁵⁷, la jurisprudence relative à l'application extraterritoriale de la *Charte* soulève des difficultés et suscite des critiques d'ordre à la fois pratique et théorique. Dans cet arrêt, la Cour a conclu à l'application de la *Charte* aux actes des agents de police canadiens, en collaboration avec un autre État, lorsque le respect des exigences de la *Charte* n'entre pas en conflit avec la compétence territoriale de l'État étranger. Cependant, cette conclusion s'avère problématique pour les motifs ci-après.

Tout d'abord, il faut bien spécifier que le droit canadien ne peut trouver application dans un autre État qu'avec le consentement de ce dernier. La Cour mentionne qu'elle doit revenir sur les enseignements de l'arrêt *Cook* qui, selon elle, aurait dû considérer le facteur de l'application extraterritoriale du droit canadien c'est-à-dire de l'application de la *Charte* aux actes des policiers canadiens faisant enquête à l'étranger.

La Cour fait également amende honorable lorsqu'elle indique qu'il peut survenir certaines difficultés au respect des exigences de la *Charte* à l'extérieur du territoire canadien, qui ne pouvaient être prévues lors du prononcé du jugement de l'arrêt *Cook*²⁵⁸ dont par exemple, la situation survenue dans l'arrêt *Hape*²⁵⁹: si les policiers

²⁵⁷ *R. c. Cook*, *supra* note 19.

²⁵⁸ *R. c. Cook*, *supra* note 19.

²⁵⁹ *R. c. Hape*, *supra* note 20.

canadiens respectaient la *Charte*, ces derniers devaient requérir auprès des autorités étrangères l'élaboration d'une procédure judiciaire, soit l'obtention d'un mandat de perquisition, ce que le droit local n'exigeait pas outre façon.

En effet, sur le plan pratique, il s'avère difficile d'appliquer la *Charte* à l'étranger et aux mesures d'exécution telles les fouilles, perquisitions, saisies, etc. Effectivement, cette application de la *Charte* devient tributaire de la compétence d'exécution qui, elle, est au cœur de la question. Comme le souligne si bien la Cour, l'enquête menée en collaboration avec l'État autre est vouée à l'échec si tous les participants n'observent pas tous les même règles. Tel serait son sort si la *Charte* ne s'appliquait qu'aux policiers canadiens, car bien entendu elle ne peut manifestement pas s'appliquer aux autorités étrangères²⁶⁰.

Cependant, tel que nous l'avons vu, il y a eu une évolution marquée de la coopération policière au cours des dernières années. La *Charte* a suivi cette même évolution et permis, dans certaines circonstances, que les agents de police opèrent à l'extérieur du territoire canadien²⁶¹. Normalement, la police canadienne ne peut exercer ses pouvoirs dans un État autre que le Canada. Cependant, si les autorités étrangères permettent de tels actes, à titre de coopération policière, alors ils autorisent une certaine forme d'empiètement de leur juridiction. Le risque à ce moment-là serait que la *Charte* ne s'applique plus à la police canadienne et que ces derniers soient alors simplement soumis à la loi locale du pays où ils se trouvent.

Est-ce dire que la jurisprudence ne prend pas suffisamment en compte les termes de l'article 32 de la *Charte*, qui disons-le, demeure le point de départ pour l'analyse de l'applicabilité de la *Charte*? En effet, l'analyse relative à l'application de la *Charte* aux

²⁶⁰ *R. c. Hape*, *supra* note 20.

²⁶¹ C'est à tout le moins la position de la cour dans *R. c. Harrer*, *supra* note 16 et une minorité dans la cause *R. c. Hape*, *supra* note 20.

enquêtes à l'étranger vise à déterminer si l'acte considéré entre dans la catégorie de l'article 32: sommes-nous en présence d'un acteur étatique, c'est-à-dire un mandataire du gouvernement et est-ce que l'acte relève d'un des champs de compétence du Parlement?

Dans notre lecture de l'article 32, devons-nous interpréter les termes de façon restrictive? L'article 32 détermine les acteurs auxquels s'applique la *Charte* et non le lieu où elle s'applique. Nous croyons que le choix de la majorité dans *Hape* revient tout bonnement à exprimer la chose suivante: autoriser les policiers canadiens à prendre part à des enquêtes à l'étranger en ne faisant pas appliquer les droits reconnus par la *Charte*. Effectivement, car selon le raisonnement de la cour, il est impensable qu'il y ait concomitance entre les deux actions, parce que ce faisant, on ferait obstacle au principe de souveraineté de l'État. Nous déplorons toutefois cette dualité parce que selon nous, la *Charte* ne doit pas être vue et utilisée comme un code de conduite pour les policiers mais bien un ensemble de droits et garanties auxquelles ont droit de s'attendre les particuliers visés.

Nous devons également dans un avenir plus ou moins rapproché, nous positionner face à la possibilité qu'une situation, telle la participation de policiers canadiens à des actes à l'étranger, qui contreviendraient aux obligations internationales du Canada au chapitre des droits de la personne, puisse fonder l'octroi d'une réparation suivant l'article 24(1) de la *Charte* en raison de l'incidence de ces actes sur un droit garanti par la *Charte* au Canada. Cependant, nous nous interrogeons sur la façon dont, en pratique, les policiers canadiens détermineront le moment où selon eux ils contreviennent aux obligations internationales et doivent mettre ainsi fin à leur collaboration²⁶².

²⁶² Le juge Bastarache, dans la décision *R. c. Hape*, *supra* note 20 au para. 173, semble privilégier l'approche élaborée par la cour dans des jugements antérieurs. Il préconise que les policiers canadiens

Cette question semble avoir été soulevée dans la cause *Amnistie internationale Canada*²⁶³. Il s'agissait de savoir si la *Charte* s'applique au transfèrement de personnes détenues par les Forces canadiennes déployées en Afghanistan. Tout d'abord, la cour rappelle que la présence militaire du Canada en Afghanistan est fondée sur l'exercice du droit de légitime défense, des résolutions du Conseil de sécurité des Nations Unies et le consentement de l'État souverain d'Afghanistan.

La cour précise qu'elle doit se référer à la disposition pertinente, l'article 32 de la *Charte*, afin de déterminer quels sont les acteurs liés par la *Charte*. Après examen de l'article, la cour vient à la conclusion que dans l'exécution de leur mission en Afghanistan, les Forces canadiennes agissent à titre d'acteurs étatiques canadiens.

Une fois établie la qualification de l'acteur²⁶⁴, il devenait alors nécessaire d'établir si le gouvernement afghan avait donné son consentement à l'application du droit canadien, y compris la *Charte*, à la conduite des membres des Forces canadiennes relativement à l'emprisonnement de personnes sur le sol afghan²⁶⁵.

soupèsent la protection des droits fondamentaux de la personne qu'offre la procédure étrangère au regard des principes qui sous-tendent la Charte, comme si cette dernière s'appliquait.

²⁶³ *Amnistie internationale Canada c. Canada (Chef d'état-major de la Défense)* 2008 CF 339, [2008] 4 R.C.F. 546.

²⁶⁴ Ici, la partie demanderesse avait soulevé à titre d'argument que le principe voulant que la compétence d'exécution du Canada en territoire étranger ne puisse s'exercer, par respect pour la souveraineté de l'État étranger, sans son consentement a été énoncé alors qu'il était question d'activités policières et ne devrait pas s'appliquer aux activités militaires en territoire étranger (Para. 187). Elle ajoute que l'application, aux fonctions des Forces canadiennes, du critère du consentement utilisé pour établir la portée extraterritoriale de la Charte est difficile, sinon impossible. Cela s'explique par le fait que les activités militaires sont foncièrement différentes des autres fonctions des acteurs étatiques (Para. 189). La cour a finalement rejeté cet argument.

²⁶⁵ Suite à la lecture de cette dernière décision, nous nous demandons si l'analyse ne devrait plutôt pas être celle-ci. Au départ, il suffit de demander si l'application extraterritoriale de la Charte vient en interférence avec la souveraineté de l'état étranger. Si la réponse s'avère positive, alors la cour doit déterminer si l'État étranger a consenti à l'application du droit canadien, soit la Charte.

Bien que le Canada soit engagé dans des opérations militaires en Afghanistan avec le consentement du gouvernement d'accueil, il ne s'ensuit pas nécessairement qu'en consentant à la présence de troupes canadiennes sur son territoire, le gouvernement afghan ait consenti à l'application de toute la panoplie complète des lois canadiennes et qu'il ait ainsi renoncé à sa souveraineté.

Il ressort d'un document fondamental appelé le *Pacte pour l'Afghanistan*²⁶⁶ que ce pays n'a pas consenti à l'application du droit canadien ou de tout autre droit étranger sur son territoire et que le régime des droits de l'homme qui existe en Afghanistan est celui que prévoit la constitution afghane et le droit international applicable en l'espèce. L'application de la *Charte* aux actes des Forces canadiennes relativement à l'emprisonnement et au transfèrement de prisonniers en Afghanistan aurait pour effet de porter une atteinte inadmissible à la souveraineté de ce pays²⁶⁷.

De plus, la Cour a analysé les problèmes qu'entraînerait une conclusion que la *Charte* s'applique à la conduite des Forces canadiennes relativement à l'opération militaire multinationale en Afghanistan dont les différentes normes juridiques nationales qui s'appliqueraient aux ressortissants afghans emprisonnés dans différentes parties de leur pays, en fonction de l'État dont relèvent les forces militaires les détenant, et des protections des droits de l'homme prévues par les lois nationales de cet État²⁶⁸.

²⁶⁶ *Amnistie internationale Canada c. Canada (Chef d'état-major de la Défense)*, supra note 263 au para. 158: À cet égard, le Pacte pour l'Afghanistan est un document fondamental. Il ressort clairement du Pacte que la communauté internationale n'a pas voulu que l'Afghanistan cède sa compétence aux États qui participent à des opérations sur son territoire, mais qu'elle s'est plutôt engagée à appuyer la souveraineté afghane sur l'ensemble de son territoire et à assurer le respect de cette souveraineté, même lors d'opérations militaires dans le pays.

²⁶⁷ *Amnistie internationale Canada c. Canada (Chef d'état-major de la Défense)*, supra note 263 au para. 212.

²⁶⁸ *Amnistie internationale Canada c. Canada (Chef d'état-major de la Défense)*, supra note 263 au para. 334.

Enfin, les droits des prisonniers sont alors régis par la Constitution afghane et le droit international devient le critère approprié lors du traitement des prisonniers²⁶⁹.

Cette cause soulevait une deuxième question: On alléguait que si les droits fondamentaux de l'homme, notamment le droit de ne pas être soumis à la torture, des personnes emprisonnées par les Forces canadiennes en Afghanistan étaient en cause alors la *Charte* devait s'appliquer et ce, même si le gouvernement de l'Afghanistan n'avait pas donné son consentement à l'application du droit canadien. La partie demanderesse fondait son argumentation sur le passage suivant de l'arrêt *Hape*²⁷⁰:

[l]a courtoisie veut que l'État qui demande de l'aide en matière criminelle respecte les moyens employés par l'autre État sur son territoire. Ce respect cesse dès la violation manifeste du droit international et des droits fondamentaux de la personne. À défaut d'une telle atteinte, les tribunaux canadiens doivent interpréter le droit canadien et considérer le droit étranger invoqué d'une manière qui respecte l'esprit de la collaboration et de la courtoisie internationale.

Ainsi que ce passage du même arrêt²⁷¹ :

Qui plus est, on peut soutenir que la courtoisie ne saurait justifier les autorités canadiennes de participer à des activités contraires aux obligations internationales du Canada. En règle générale, un policier canadien peut prendre part à une enquête à l'étranger, mais il doit alors se soumettre aux lois de l'État d'accueil. La règle autorisant un policier canadien à participer à une enquête même s'il n'y a aucune obligation en ce sens est issue du principe de courtoisie. La règle de l'application du droit étranger découle des principes d'égalité souveraine et de non-intervention. Or le principe de courtoisie peut cesser de justifier la participation d'un policier canadien à une activité d'enquête permise par le droit étranger lorsque cette participation emporterait le manquement du Canada à ses obligations internationales en matière de droits de la personne. En pareil cas, la règle « permissive » ne peut plus s'appliquer, et la participation du policier

²⁶⁹ *Amnistie internationale Canada c. Canada (Chef d'état-major de la Défense)*, supra note 263 au para. 162.

²⁷⁰ *R. c. Hape*, supra note 20 au para. 52.

²⁷¹ *R. c. Hape*, supra note 20 au para. 101.

canadien peut être frappée d'interdiction. Je n'écarte pas la possibilité que, dans un pourvoi ultérieur, la participation de policiers canadiens à des actes à l'étranger qui contreviendraient aux obligations internationales du Canada au chapitre des droits de la personne puisse fonder l'octroi d'une répartition suivant le par. 24(1) en raison de l'incidence de ces actes sur un droit garanti par la *Charte* au Canada.

Nous nous questionnons ainsi sur la chose suivante: un Canadien lésé par le comportement extraterritorial d'une autorité canadienne devrait-il se voir refuser une réparation fondée sur la *Charte* dans le cas où il ne fait pas l'objet d'un procès pénal au Canada? Si on se réfère à la cause *Hape*²⁷², les situations qui entrent dans cette catégorie sont celles où les actions des agents de police ont un impact une fois de retour au Canada. De plus, l'application territoriale doit être limitée par la souveraineté de l'État dans lequel les Canadiens font action. Comment un remède en vertu de la *Charte* peut-il trouver application si la *Charte* elle-même ne s'applique pas?

De plus, en se basant sur l'article 32 afin de déterminer si la *Charte* trouve application, on se bute à un autre problème méthodologique. Comment alors réconcilier les obligations du Canada afin qu'il réglemente les actions extraterritoriales de ces officiers, qui elles peuvent affecter les droits humains, toujours en ayant à l'esprit les obligations de respect envers la souveraineté des États où agissent ces officiers.

La cour arrive à la conclusion que l'on doit faire un choix sur l'application ou non du droit canadien, dont la *Charte*. Il ne faut pas se baser, dans cette analyse, sur la nature ou la qualité de la violation de la *Charte* afin de créer la compétence extraterritoriale, qui serait alors une façon entièrement arbitraire d'exercer cette compétence.

²⁷² R. c. *Hape*, *supra* note 20.

Le fait d'affirmer la compétence extraterritoriale de la *Charte* d'après une analyse qualitative de la nature ou de la gravité de la violation entraînerait une incertitude extrême chez les acteurs étatiques du Canada qui interviennent « sur le terrain » à l'étranger²⁷³.

Il est donc clair que la décision majoritaire dans *Hape* n'a pas créé d'« exception au titre des droits fondamentaux de l'homme » justifiant d'affirmer l'extraterritorialité de la compétence en vertu de la *Charte*, compétence qui n'existerait pas²⁷⁴. En conclusion, la *Charte* ne saurait s'appliquer pour restreindre la conduite des Forces canadiennes en Afghanistan et ce, même si on était en mesure d'établir que le transfèrement des détenus en cause exposerait ceux-ci à un risque sérieux de torture. Cependant, il faut bien noter que les militaires canadiens sont passibles non seulement de sanctions disciplinaires et de poursuites criminelles en vertu du droit canadien si les actes qu'ils commettent en Afghanistan contreviennent aux normes juridiques du droit humanitaire international, mais aussi de sanctions ou de poursuites en vertu du droit international²⁷⁵.

²⁷³ *Amnistie internationale Canada c. Canada (Chef d'état-major de la Défense)*, supra note 263 au para. 314.

²⁷⁴ *Amnistie internationale Canada c. Canada (Chef d'état-major de la Défense)*, supra note 263 au para. 324.

²⁷⁵ *Amnistie internationale Canada c. Canada (Chef d'état-major de la Défense)*, supra note 263 au para. 344.

Conclusion

Tous s'entendent pour affirmer que le Canada a des obligations envers la communauté internationale mais aussi a des devoirs envers les citoyens canadiens afin de s'assurer que les crimes ayant un lien avec le Canada fassent l'objet d'enquêtes et ne demeurent pas impunis outre mesure. L'instauration de mécanismes de coopération internationale, tels l'extradition et l'entraide judiciaire en matière criminelle, aide à combattre les activités internationales du crime. Cependant, ce faisant, quelle considération est accordée aux droits humains fondamentaux dont notamment ceux prévus par la *Charte canadienne*?

Alors que les instruments internationaux doivent être promulgués avant de faire partie du droit canadien, les tribunaux canadiens prennent de l'avant et se réfèrent dans leurs jugements aux normes internationales, qui font dorénavant partie de leurs analyses, lors de leur interprétation de la *Charte* et de son application extraterritoriale. Ce faisant est-ce que les tribunaux établissent une différence dans l'application de la *Charte* aux mécanismes de coopération internationale soit en matière d'extradition et d'entraide judiciaire en matière criminelle? Est-ce qu'au nom de la courtoisie internationale, la cour interprète les dispositions de la *Charte* afin de répondre aux obligations du Canada sur la scène internationale? Nous constatons effectivement une grande discrétion de la part des tribunaux dans leurs évaluations de procéder ou non au renvoi d'un individu à l'étranger ou même dans la décision d'envoyer de la preuve demandée ou collectée par et dans d'autres États.

Nous avons pu constater, avec les différents jugements de la Cour suprême que les droits individuels sont souvent écartés au nom de la collaboration frontalière²⁷⁶ et qu'au nom de la courtoisie internationale, les tribunaux établissent une différence de traitement et ce bien souvent au détriment des droits humains.

La dernière décision de la Cour suprême *R. c. Hape* a créé beaucoup de remous dans le milieu juridique. En effet, dans un jugement divisé la cour s'est penchée sur la portée de l'application extraterritoriale de la *Charte* ainsi que de la présomption de conformité au droit international. Le passage suivant²⁷⁷ a laissé place à l'interprétation au sein de la communauté juridique:

«qu'il n'y aura atteinte à un droit garanti par la *Charte* que si une incompatibilité importante entre les règles de droit et de procédure étrangère et les principes fondamentaux de la *Charte* est établie. Au sens de la cour, c'est le moyen le plus rationnel et le plus pratique d'établir un juste équilibre entre la participation efficace des policiers canadiens à la répression de la criminalité transnationale et le respect des droits fondamentaux de la personne».

Les tribunaux ont subséquemment eu beaucoup de mal à réconcilier la position exprimée dans le jugement *Hape* aux faits qui leur étaient présentés.

²⁷⁶ Bien que cet article ait été écrit en 2003, nous trouvons très à propos l'assertion suivante: Court majorities in the early extradition cases subordinated Charter-based human rights considerations to the older territorial conception of sovereignty. Two conceptions of internationalism also clash. The first is the internationalism based on international comity, the need for mutual assistance and cooperation among sovereign nations to combat cross-border crime. This is a non-judgmental internationalism, causing Canada to turn a blind eye to injustices in other countries rights regimes while combining in the pursuit of crime. The second is a rights-based internationalism, vindicating the rights of persons through large and liberal interpretations of Charter rights and subordinating mere comity to a higher standard of human rights of which the Charter are a reflection. Thomas Bateman, «The new Globalism in Canadian Charter of Rights Interpretation: Extradition, The Death Penalty and the Courts» (2003) 7:3 Int'l J.H.R. 49 à la page 56.

²⁷⁷ *R. c. Hape*, *supra* note 20 au para. 174.

Le jugement de *Khadr*²⁷⁸ vient, selon certains, atténuer les principes énoncés dans *Hape*. Les faits en sont les suivants: K, un Canadien d'âge mineur, est détenu à Guantanamo par les autorités militaires américaines depuis 2002. En 2003, des agents des services de renseignements du Canada ont interrogé K sur des sujets liés aux accusations portées contre lui et ont relayé l'information recueillie aux autorités américaines²⁷⁹. En 2004, il a été accusé de plusieurs chefs d'accusation dont notamment de crimes de guerre.

La Cour a conclu que la *Charte* s'applique à la participation de responsables canadiens à ce régime jugé ultérieurement en violation de droits fondamentaux protégés par le droit international. Il existe, selon elle, un lien suffisant entre la participation du gouvernement au processus illégal et l'atteinte à la liberté et à la sécurité de K.

Bizarrement, malgré l'importance des questions soulevées et de la complexité du débat, la Cour signe un jugement unanime, bref et contradictoire à ce qu'elle affirmé moins d'un an plus tôt dans *Hape*. La Cour se justifiera en indiquant de ne pas créer de nouvelles catégories d'exceptions mais bien appliquer celles développées dans *Hape*²⁸⁰.

²⁷⁸ *Canada (Premier ministre) c. Khadr*, *supra* note 28.

²⁷⁹ En 2008, dans *Canada (Justice) c. Khadr*, [2008] 2 R.C.S. 125 la Cour a conclu que le régime en place à Guantanamo constituait une violation manifeste des obligations internationales du Canada en matière de droits de la personne et, se fondant sur l'art. 7 de la Charte et a ordonné au gouvernement canadien de communiquer à K les transcriptions des interrogatoires auxquels il avait été soumis par des agents canadiens, ce qui fut fait.

²⁸⁰ John H. Currie, «Tortured Determinations of the extraterritorial reach of the Canadian Charter» (2008) 46 Can.Y.B.Int'l Law 307.

Force est de constater que le droit est en constante évolution et qu'encore prochainement, les tribunaux devront, une fois de plus, essayer de trouver un juste équilibre entre les droits d'un particulier et ce en regard des objectifs canadiens de coopération internationale. De ce fait, la cour devra jongler entre ces différentes notions, sujettes à l'interprétation et aux pouvoirs politiques en place. Les tribunaux canadiens devront, dans leur grande sagesse lors de l'application de la législation canadienne, essayer de juger de la gravité de la conduite attentatoire de l'État mais également de l'incidence de la violation de la *Charte* sur les droits garantis par cette dernière.

Une chose demeure certaine, le droit se développera et évoluera dans la mesure nécessaire et au moment opportun²⁸¹.

²⁸¹ *R. c. Hape*, *supra* note 20 au para 95.

BIBLIOGRAPHIE

Législation canadienne

Code criminel, L.R.C. 1985, c. C-46.

Charte canadienne des droits et libertés, partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, constituant l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (R.-U.), 1982, c. 11.

Loi sur l'entraide juridique en matière criminelle, L.R.C. 1985 (4^e supp.), c. 30.

Loi sur les criminels fugitifs, L.R.C. 1985, c. F-32.

Loi sur l'extradition, (U.K.), 1870, c. 52.

Loi sur l'extradition, L.R.C. 1985, c. E-23.

Loi sur l'extradition, L.C. 1999, c. 18.

Loi sur les crimes contre l'humanité et les crimes de guerre, L.C. 2000, c. 24.

Jurisprudence canadienne

Alberta c. Dawson, [1999] A.J. No.1332 (CA).

Amnistie internationale Canada c. Canada (Chef d'état-major de la Défense) 2008 CF 339, [2008] 4 R.C.F. 546.

Argentina c. Mellino, [1987] 1 R.C.S. 536.

Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration), [1999] 2 R.C.S. 817.

Canada (Minister of Justice) c. Pacificador (2002), 60 O.R. (3d) 685 (C.A.).

Canada c. Schmidt, [1987] 1 R.C.S. 500.

Canada (Justice) c. Khadr, [2008] 2 R.C.S. 125.

Canada (Premier ministre) c. Khadr, [2010] 1. R.C.S. 44.

Daniels c. White, [1968] 1. R.C.S. 517.

États-Unis d'Amérique c. Sheppard, [1977] 2 R.C.S. 1067.

États-Unis. c. Allard, [1991] 1 R.C.S. 861.

États-Unis c. Allard et Charette, [1987] 1 R.C.S. 564.

États-Unis c. Burns, [2001] 1 R.C.S. 283.

États-Unis c. Cobb, [2001] 1 R.C.S. 587.

États-Unis c. Cotroni; États-Unis c. El Zein, [1989] 1 R.C.S. 1469.

États-Unis c. Ferras; États-Unis c. Latty, [2006] 2 R.C.S. 77.

États-Unis d'Amérique c. Shulman, [2001] 1 R.C.S. 616.

Kindler c. Ministère de la Justice au Canada, [1991] 2 R.C.S. 779.

Krieger c. Law Society of Alberta, [2002] 3 R.C.S. 372.

Idziak c. Canada (Ministre de la Justice), [1992] 3 R.C.S. 631.

Ministère de la Justice(Canada) c. Lake, [2008] 1 R.C.S. 23.

Ontario Commissioner of Competition c. Falconbridge Ltd, (2003) S.C.C.A. No 302.

R. c. Beauregard, [1986] 2 R.C.S. 56.

R. c. Budd, (2000) 15 C.C.C. (3d) 108 (Ont.CA).

R. c. Cook, [1998] 2 R.C.S. 597.

R. c. Dorsay, (2006), 42 C.R. (6^e) 155 (C.A. BC).

R. c. Drakes, [2005] O.T.C. 577 (S.C.J.).

R. c. Finta, [1994] 1 R.C.S.

R. c. Hape, [2007] 2 R.C.S. 292.

R. c. Harrer, [1995] 3 R.C.S. 562.

R. c. Guilbride, [2003] B.C.J. No.389, 2003 BCPC 44.

R. c. Libman, [1985] 2 R.C.S. 178.

R. c. Munyaneza, 2009 QCCS 2201 (CanLII).

R. c. O.B. (1997), 99 O.A.C. 313 (C.A.).

R. c. Ouellette, (1998), 126 C.C.C. (3d) 219 (Qué.S.C.).

R. c. Seaboyer, [1991] 2 R.C.S. 577.

R. c. Spencer, [1985] 2 R.C.S. 278.

R. c. Terry, [1996] 2 R.C.S. 207.

R. c. Thomas, (2006), 33 C.R. (6^e) 336 (C.A. Qué.).

R. c. Valente, [1985] 2 R.C.S. 673.

Renvoi relatif à l'extradition de Ng, [1991] 2 R.C.S. 858.

Re Pokidyshev, (1999) 27 C.R. (5^e) 316 (C.A. Ont.).

Schreiber c. Canada (Procureur général), [1998] 1 R.C.S. 841.

Suresh c. Canada (Ministère de la Citoyenneté et de l'Immigration), [2002] 1 R.C.S. 3.

Thailand v. Saxena, 2006 BBCA 98.

Thomson Newspapers Ltd. c. Canada, (1990), 54 C.C.C. (3d) 417.

United States of America c. Dynar, (1997), 115 C.C.C.(3d) 481(S.C.C.).

United States c. El-Jabsheh, [2002] B.C.J. No. 1349.

United States of America c. Jamieson, [1996] 1 R.C.S. 465.

United States of America c. Ross, [1996] 1 R.C.S. 469.

United States of America c. Whitley, [1996] 1 R.C.S. 46.

Jurisprudence internationale

Affaire du Lotus (France c. Turquie) (1927), Arrêt, C.P.J.I. (sér. A) n° 10.

Affaire relative au mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (République démocratique du Congo c. Belgique), Arrêt, [2002] C.I.J. rec. 3.

Miranda v. Arizona 384 U.S. 436 (1966).

Nicaragua c. États-Unis d'Amérique, [1986] C.I.J. Rec. 14.

US. v. Toscanino, 500 F.2d 267 (2d Cir.1974).

US. v. Hensel, 509 F.Supp.1364 (1981).

The Schooner Exchange v. M'Faddon & Others, (1812), 7 Cranch's Reports 116.

Instruments et documentation internationale

Charte des Nations Unies, 26 juin 1945, R.T. 1945, no 7.

Charte de l'Organisation des États Américains, 30 avril 1948, 119 R.T.N.U. 3.

Charte de l'Organisation de l'Union Africaine, 25 mai 1963, 479 R.T.N.U. 39.

Convention européenne sur l'entraide judiciaire en matière criminelle, (1959)

Eur.T.S. No. 30.

Convention de Vienne sur les relations diplomatiques, Can. T.S. 1966 No.29, 24 avril 1964.

Convention de Vienne sur le droit des traités entre États et organisations internationales ou entre organisations internationales, 23 mai 1969, 1155 R.T.N.U. 331.

Convention pour la répression d'actes illicites dirigés contre la sécurité de l'aviation civile, 23 septembre 1971, 974 R.T.N.U. 177.

Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, 10 décembre 1984, 1465 R.T.N.U. 85.

Convention contre le trafic illicite de stupéfiants et de substances psychotropes, 20 décembre 1988, 1582 R.T.N.U. 95.

Déclaration universelle des droits de l'homme, Rés. AG 217 (III), Doc. Off. AG NU, 3e sess., supp. No 13, Doc. NU A1810 (1948).

Pacte international relatif aux droits civils et politiques, 16 décembre 1966, 999 R.T.N.U. 171.

Protocole facultatif se rapportant au Pacte international relatif aux droits civils et politiques, 23 mars 1976, 999 R.T.N.U. 171, R.T. Cano 1976 no. 47 (entrée en vigueur: 23 mars 1976, entrée en vigueur au Canada: 19 août 1976 (adoption au Canada: 19 mai 1976)).

Deuxième protocole facultatif se rapportant au Pacte international relatif aux droits civils et politiques, visant à abolir la peine de mort, 15 décembre 1989, 1642 R.T.N.U. 414 (entrée en vigueur: 11 juillet 1991, entrée en vigueur au Canada: 25 février 2006 (adoption au Canada: 11 novembre 2005)).

Statut de Rome de la Cour pénale internationale, 17 juillet 1998, 2187 R.T.N.U. 3.

Statut du Tribunal pénal international pour le Rwanda, annexe 1 à la Résolution 955, Rés. CS 955, Doc. Off. CSNU, 3453^e sess., Doc. NU S/RES/955 (8 novembre 1994).

Statut du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, Résolution 827, Rés. CS 827, Doc. Off. CSNU, 3217^e sess., Doc. NU S/RES/824 (25 mai 1993).

Statut de Westminster de 1931 (R.-U.), 22 Geo. 5, c.4.

Documents: Monographies

- Bassiouni, M. Cherif. *Introduction to International Criminal Law*, Ardsley (NY), Transnational, 2003.
- Béliveau, Pierre. *Le droit international Canadien et l'entraide pénale internationale*, Bruxelles, Bruylant, 2005.
- Botting, Gary. *Halsbury's Laws of Canada - Extradition and Mutual Legal Assistance in Criminal Matters*, Markham: LexisNexis, Canada, 2010.
- Botting, Gary. *Canadian Extradition Law Practice 2009*, Markham (ON), LexisNexis Canada, 2009.
- Botting, Gary. *Extradition between Canada & the United States*, Ardsley (NY), Transnational, 2005.
- Cassese, Antonio. *International Law*, 2^e éd., Oxford, Oxford University Press, 2005.
- Currie, Robert J. *International and Transnational Criminal Law*, Toronto, Irwin Law, 2010.
- Gilbert, Geoff. *Responding to International Crime*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2006.
- Jayawickrama, Nihal. *The Judicial Application of Human Rights Law*, Cambridge (MA), Cambridge University Press, 2002.
- McLean, David. *International Co-operation in Civil and Criminal Matters*, Oxford, Oxford University Press, 2002.
- Schabas, William. *International Human Rights Law and the Canadian Charter*, 2^e éd., Scarborough (ON), Carswell, 1996.
- Schabas, William. *The Abolition of the Death Penalty in International Law*, 2^e éd., Cambridge, Cambridge University Press, 1997.
- Shearer, I.A. *Extradition in International Law*, Dobbs Ferry (NY), Oceana, 1971.
- Zimmermann, Robert. *La coopération judiciaire internationale en matière pénale*, 3^e

éd., Bruxelles, Bruylant, 2009.

Doctrine: Ouvrages collectifs

Beveridge, Thomas, Krivel, Elaine et Hayward, John, dir. *A Practical guide to Canadian Extradition*, Toronto, Carswell, 2002.

Deflem, Mathieu et Irwin, Kyle. *Encyclopedia of American Civil Rights and Liberties*, Otis H. Stephens Jr., John M. Scheb II, Kara E. Stooksbury, dir., Westport (CT), Greenwood Press, 2006.

Freeman, Mark et Van Ert, Gibran, dir. *International Human Rights Law*, Toronto, Irwin Law, 2004.

Huet, André et Koering-Joulin, Renée, *Droit pénal international*, Paris, Presses Universitaires de France, 2005.

Jennings, Robert et Wats, Arthur. *Oppenheim's International Law*, 9e éd., vol. 1, London, Longman, 1996.

Kindred, Hugh M. et Saunders, M. Phillip, dir. *International Law: Chiefly as Interpreted and Applied in Canada*, 7e éd., Toronto, Emond Montgomery, 2006.

Koenig, Daniel J. et Das, Dilip K., dir. *International Police Cooperation: A World Perspective*, Lanham (MD), Lexington Books, 2001.

Murray, Christopher et Harris, Lorna, dir. *International Mutual Assistance*, 2^e éd., Andover (UK), Sweet & Maxwell, 2006.

Nicholls, Clive, Montgomery, Clare et Knowles, Julian B, dir. *The Law of Extradition and Mutual Assistance*, 2^e éd., Oxford, Oxford University Press, 2007.

Chapitres de livres

Gilmore, William C. «The Provisions Designed to Protect Fundamental Human Rights in Extradition and Mutual Legal Assistance Treaties» dans Commonwealth Secretariat, *International Co-operation in Criminal Matters: Balancing the*

Protection of Human Rights with the Needs of Law Enforcement, Londres, Commonwealth Secretariat, 2001, 67.

Keyes, John Mark et Sullivan, Ruth. «A Legislative Perspective on the Interaction of International and Domestic Law», dans Oonagh E. Fitzgerald, éd., *The Globalized Rule of Law: Relationships between International and Domestic Law*, Toronto, Irwin Law, 2008.

Doctrine: Articles de périodiques

Alain, Marc. «Transnational Police Cooperation in Europe and in North America: Revisiting the Traditional Border Between Internal and External Security, Matters, or How Policing is Being Globalized», *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, Vol. 9/2, 113–129, 2001.

Bateman, Thomas. «The new Globalism in Canadian Charter of Rights Interpretation: Extradition, The Death Penalty and the Courts» (2003) 7:3 *Int'l J.H.R.* 49.

Blakesley, Christopher L. «The law of International Extradition: A comparative Study» (1991) 62 *Rev. I.D.P.* 381.

Boister, Neil. «Transnational Criminal Law?» (2003) 14 *E.J.I.L.* 953.

Boister, Neil. «Human Rights Protections in the Suppression Conventions» (2002) 2 *Hum. Rts. L. Rev.* 199.

Brunnée, Jutta et Toope, Stephen. «A Hesitant Embrace: The Application of International Law by Canadian Courts» (2002) 40 *Can.Y.B. Int'l Law* 3.

Currie, John H. «Tortured Determinations of the extraterritorial reach of the Canadian Charter» (2008) 46 *Canadian Yearbook of International Law* 307.

Currie, Robert J. «Peace and Public Order: Mutual Legal Assistance- The Canadian Way» (1998) 7 *Dal. J. Leg. Stud* 91, à la p.96

Currie, Robert J. «Human Rights and International Mutual Legal Assistance: Resolving the Tension» (2000) 11:2 *Crim. L.F.* 143.

Currie, Robert J. «Search Warrants under the Mutual Legal Assistance in Criminal Matters Acts» (2003) 12:6 *C.R.* 276.

- Currie, Robert J. «Charter Without Borders? The Supreme Court of Canada, Transnational Crime & Constitutional Rights and Freedoms» (2004) 27 Dal. L.J. 236.
- Currie, Robert J. «Human Rights and International Mutual Legal Assistance: Resolving the Tension» (2000) 11:2 Crim. L.F. 143.
- Dugard, John et Van Den Wyngaert, Christine. «Reconciling Extradition with Human Rights» (1998) 92 A.J.I.L. 187.
- Harrington, Joanna. «The Role for Human Rights Obligations in Canadian Extradition Law» (2006) 43 Can. Y.B. Int'l L. 45.
- Harvie, Robert et Foster, Hamar. «When the Constable Blunders: A Comparison of the Law of Police interrogations in Canada» (1996) 19 Seattle U.L. Rev 497.
- Harvie, Robert et Foster, Hamar. «Shocks and Balances: United States v. Burns, Fine-Tuning Canadian Extradition Law and the Future of the Death Penalty» (2004-2005) 40 Gonz. L. Rev 293.
- Lafontaine, Fannie. «Canada's Crimes against Humanity and War Crimes Act on Trial: An Analysis of the *Munyaneza* Case» (2010) 8:1 J. Int'l Crim. Justice 269.
- Laforest, Anne. «The balance Between Liberty and Comity in the Evidentiary Requirements Applicable to Extradition Proceedings» (2002) 28 Queen's L.J. 95.
- Lyman Neale, Robert. «Compulsory Process in Globalized Era: Defendant Access to Mutual Legal Assistance Treaties» (2006-2007) 47 Va. J. Int'l L. 261.
- Martin, Dianne L. «Extradition, the Charter and due process: is procedural fairness enough?» (2002) 16 Sup. Ct. L. Rev. 161.
- Mitchell, Paul. «Domestic Rights and International Responsibilities: Extradition under Canadian Charter» (1998) 23 Yale J. Int'l L. 141.
- Nanda, Ved. «Bases for Refusing International Extradition Requests-Capital Punishment and Torture» (2000) 23 Fordham Int'l L.J. 1369.
- Nilsson, Hans G. «From classical judicial cooperation to mutual recognition» (2006) 77 Rev. I.D.P. 53.
- Pak, John. «Canadian extradition and the death penalty: seeking a constitutional

assurance of life» (1993) 26:1 Cornell Int'l L.J. 239.

Rose, Thomas. «A Delicate Balance: Extradition, Sovereignty and Individuals Rights in the United States and Canada» (2002) 27 Yale J. Int'l L. 193.

Silva, Mario. «Extraordinary Rendition: A Challenge to Canadian and United States Legal Obligations under the Convention against Torture» (2009) 39 Cal. W.L. Rev. 313.

Toope, Stephen J. «The Uses of Metaphor: International Law and the Supreme Court» (Mars-Juin 2001) 12 R. du B. can 534.

Van Den Wyngaert, Christine. «The Political Offence Exception to Extradition: How to plug the Terrorist Loophole without departing from fundamental human rights» (1991) 62 Rev. I.D.P. 291.

Documentation internationale

Décision du Comité des droits de l'homme en vertu de l'article 5 du Protocole facultatif se rapportant au Pacte international relatif aux droits civils et politiques, Déc. Comité des droits de l'homme, Doc. off. CCPR/C/48/D/470/1991, 48^e sess. (18 novembre 1993), en ligne : Haut-Commissariat aux droits de l'homme
<[http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/\(Symbol\)/a442324952271a678025673000413d76?Opendocument](http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/(Symbol)/a442324952271a678025673000413d76?Opendocument)>.

Model Treaty on Extradition, Rés. AG 52/88, Doc. Off. AG NU, 52^e sess., Doc. NU 52/88 (1998).

Model Treaty on Mutual Assistance in Criminal Matters, Rés. AG 53/112, Doc. Off. AG NU, 53^e sess., Doc. NU 53/112 (1999).

Autres

Ahmad Farooq, «International Cooperation To Combat Transnational Organized Crime - With Special Emphasis On Mutual Legal Assistance And Extradition», (2001), en ligne: UNAFEI

http://www.unafei.or.jp/english/pdf/PDF_rms/no57/57-14.pdf.

Comité sénatorial permanent des droits de la personne, «Des promesses à tenir: le respect des obligations du Canada en matière de droits de la Personne» (décembre 2001), en ligne: Parl.gc.ca
<<http://www.parl.gc.ca/37/1/parlbus/commbus/senate/com-f/huma-f/rep-f/rep02dec01-f.htm>>.

Gendarmerie Royale du Canada, «Leçons tirées sur le crime organisé et la coopération policière dans l'Union européenne - Entrevue avec le professeur Cyrille Fijnaut» (2003), en ligne : GRC
<<http://cpc.phippsinc.com/cplib/pdf/56426f.pdf>>.

Gendarmerie Royale du Canada, «Protocole concernant les enquêteurs criminels étrangers au Canada» (15 février 2007), en ligne : GRC <<http://www.rcmp-grc.gc.ca/interpol/fcip-pcece-fra.htm>>.

Human Rights Watch, «Still at Risk : Diplomatic Assurances no Safeguard Against Torture» (avril 2005), en ligne : hrw.org
<<http://www.hrw.org/sites/default/files/reports/eca0405.pdf>>.

Interpol, «Le rôle d'INTERPOL en matière de recherche d'individus en vue d'extradition» (18 mars 2003), en ligne : INTERPOL.int
<<http://www.interpol.int/Public/ICPO/LegalMaterials/FactSheets/FS13fr.asp>>.

Jim Bronskill, «Info-sharing Gap Stalling Criminal Cases: RCMP Memo» (2 août 2009), en ligne : Edmonton Sun
<<http://www.edmontonsun.com/news/canada/2009/08/02/10343976.html>>.

Kimberly Prost, «Pratique et nouvelles tendances de l'entraide judiciaire : l'avenir de la coopération internationale» (1998), en ligne : OAS.org
<http://www.oas.org/juridico/mla/fr/can/fr_can_prost98.html>.

Ministère de la Justice du Canada, «Analyse des services d'avocats de garde requis selon l'arrêt Brydges» (8 janvier 2010), en ligne : Ministère de la Justice du Canada
<http://www.justice.gc.ca/fra/pi/rs/rap-rep/2003/rr03_aj4-rr03_la4/p4.html>.

Ministère des Affaires étrangères et du commerce international, «La Loi canadienne sur les crimes contre l'humanité et les crimes de guerre» (29 avril 2009), en ligne : MAECI <<http://www.international.gc.ca/court-cour/war-crimes-guerres.aspx?lang=fr>>.

Ministère des Affaires étrangères et du commerce international, «Le Canada et la CPI» (22 juillet 2009), en ligne : MAECI
<<http://www.international.gc.ca/court-cour/icc-canada-cpi.aspx?lang=fra>>.

Miriam Lang, «Le mandat d'arrêt européen» (27 octobre 2004), en ligne : Europe Plus <<http://www.europeplusnet.info/article442.html>>.

Monica Tremblay, «Réseaux de coopération policière à l'ère de la mondialisation» (décembre 2009), en ligne : ENAP
<<http://archives.enap.ca/bibliotheques/2009/12/30123136.pdf>>.

R. c. Mungwarere, «Acte d'accusation» (26 mai 2010), Cour de l'Ontario (Cour supérieure de justice – Région de l'Est), en ligne : Hague Justice Portal
<http://www.haguejusticeportal.net/Docs/NLP/Canada/Mungwarere_Indictment_FR_26052010.pdf>

Steve Coughlan *et al.*, «Global Reach, Local Grasp: Constructing Extraterritorial Jurisdiction in the Age of Globalization» (2006), en ligne: Dalhousie University Respository
<http://dalspace.library.dal.ca/dspace/bitstream/handle/10222/10268/Coughlan_Currie%20et%20al.%20Extraterritoriality%20EN.pdf?sequence=1>.

Ressources Internet

Guide du Service fédéral des poursuites: www.justice.gc.ca

Informations tirées du site Internet:
www.cbc.ca/news/story/2000/09/15/bc_rakesh000915.html

Informations tirées du site Internet: <http://www2.ohchr.org/french/law/ccpr.htm>

Informations tirées du site Internet: www2.ohchr.org/english/issues/torture/rapporteur/

Informations tirées du site Internet : www.rcmp-grc.gc.ca/interpol/fcip-pcece-fra.htm

Informations tirées du site Internet: www.interpol.int

Informations tirées du site Internet: www.oas.org/en/default.asp

Informations tirées du site Internet: www.treaty-accord.gc.ca

Informations tirées du site Internet: www.justice.gc.ca/fra/min-dept/pub/sfp-fps/fpd/ch40.html-dernière modification 12/30/2008 -

Informations tirées du site Internet: www.iccnw.org/?mod=romeratification

Informations tirées du site Internet:
www.international.gc.ca/court-cour/icc-canada-cpi.aspx?lang=fra

Informations tirées du site Internet:
www.europa.eu/legislation_summaries/justice_freedom_security/judicial_cooperation_in_criminal_matters/l33167_fr.htm

Informations tirées du site Internet: www.humanrights.ch/home/fr/

Informations tirées du site Internet: www.europeplusnet.info/article442.html

Informations tirées du site Internet: www.international.gc.ca/court-cour/war-crimes-guerres.aspx?lang=fra